

hermenêutica

**CONS
TITU
CIO
NAL**

2.ED
hermenêutica

CONS TITU CIO NAL

BRUNO
PINHEIRO

2021 revisto,
ampliado e
atualizado





Belo Horizonte
Av. Brasil, 1843,
Savassi, Belo Horizonte, MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007

São Paulo
Av. Paulista, 2444,
8º andar, cj 82
Bela Vista – São Paulo, SP
CEP 01310-933

WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Copyright © 2021, D'Plácido Editora.

Copyright © 2021, Bruno Pinheiro.

Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios,
sem a autorização prévia do Grupo D'Plácido.

Editor Chefe Plácido Arraes

Editor Tales Leon de Marco

Produtora Editorial Bárbara Rodrigues

Capa, projeto gráfico Letícia Robini

Diagramação Enzo Zaqueu Prates

Catálogo na Publicação (CIP)

Pinheiro, Bruno (Advogado)
P654 Hermenêutica constitucional 2021 / Bruno Pinheiro. – 2. ed. rev. ampl. atual. – Belo Horizonte,
São Paulo : D'Plácido, 2021.
284 p.

ISBN 978-65-5589-145-4

1. Direito. 2. Direito Constitucional. I. Título.

CDD: 341.2

Bibliotecária responsável: Fernanda Gomes de Souza CRB-6/2472

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



Sumário

1. Introdução.....	11
2. A hermenêutica universal de Schleiermacher.....	13
3. A hermenêutica histórica de Wilhelm Dilthey.....	17
4. A ontologia hermenêutica de Martin Heidegger.....	21
5. Filosofia analítica e os jogos de linguagem de Wittgenstein.....	35
5.1. (1º) Primeiro Wittgenstein.....	36
5.2. (2º) Segundo Wittgenstein.....	39
6. Hermenêutica filosófica de Gadamer.....	45
7. Hermenêutica e ideologias de Ricoeur.....	55
8. Hermenêutica Constitucional e Legitimidade da Jurisdição Constitucional.....	67
8.1. Introdução.....	68
8.1.1. Interpretativistas (interpretivists) (W. Rehnquist; R. Bork; A. Scalia; K. E. Whittington).....	68

8.1.1.1. Originalismo (originalism).....	69
8.1.1.2. Textualismo (textualism).....	73
8.1.1.3. Interpretação x Construção Hermenêutica.....	77
8.1.1.3.1. Sentido Linguístico (Linguistic meaning).....	78
8.1.1.3.2. Sentido Teleológico (Teleological meaning).....	78
8.1.1.3.3. Sentido Aplicativo.....	79
8.1.1.3.4. Ambiguidade x Vagueza (Ambiguity x Vagueness).....	79
8.1.2. Não Interpretativista (noninterpretivists).....	80
8.2. Para além do binômio interpretativismo/não interpretativismo.....	80
8.2.1. Linha formalista/procedimentalista: (Ely; Sustain; Vermeule; Tushnet; Waldron).....	80
8.2.1.1. Procedimentalismo democrático de John Hart Ely (procedural democracy).....	81
8.2.1.2. Minimalismo Judicial (judicial minimalista) de Cass R. Sunstein.....	82
8.2.1.3. Formalismo Institucional de Adrian Vermeule.....	84
8.2.1.4. Populist Constitutional Law/Constitucionalismo Popular de Mark Tushnet.....	91
8.2.1.5. Procedimentalismo Crítico de Jeremy Waldron.....	93
8.2.2. Teoria da Justiça (Liberalismo Igualitário) de John Rawls.....	94
8.2.3. Comunitarismo (MacIntyre; Taylor; Walzer; Sandel).....	97
8.2.4. Teoria da Razão (Ação) Comunicativa e Teoria Discursiva de Jürgen Habermas.....	99
8.2.5. Método Argumentativo/reflexivo (Canotilho).....	108
8.2.6. Teoria da Integridade (Ronald Dworkin).....	108
8.2.7. Substancialismo (Lawrence Tribe).....	114
8.2.8. AED (Análise Econômica do Direito) Law's Economy (neo pragmatism).....	115
8.2.9. Moralismo (Real Moralism).....	117
8.2.10. Naturalismo (natural law) de John Mitchell Finnis.....	117
8.2.11. Evolucionismo (evolutionism).....	119
8.2.12. Positivismo Jurídico.....	120
8.2.12.1. Positivismo Jurídico Brando ou Incluyente - Soft Positivism (H.L.A.Hart; W.J.Waluchow).....	121

8.2.12.2. Positivismo Jurídico Excludente-Hard Positivism (J. Raz; S. Shapiro; A. Marmor).....	123
8.2.13. Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) de Lenio Streck.....	124
8.2.14. Teoria do Realismo Jurídico (Legal Realism).....	129
8.2.14.1. Realismo Jurídico Americano.....	130
8.2.14.2. Realismo Jurídico Escandinavo.....	132
8.2.14.2.1. O Realismo Psicológico.....	133
8.2.14.2.2. O Realismo Conductista/ Comportamental (behaviourismo).....	133
8.3. Discussão no direito alemão (teorética alemã) quanto aos métodos de interpretação constitucional (métodos de interpretação constitucional).....	134
8.3.1. Métodos de Interpretação Constitucional.....	134
8.3.1.1. Método Jurídico (Ernst Forsthoff).....	134
8.3.1.1.1. Quanto à Origem.....	135
8.3.1.1.2. Quanto ao Meio.....	136
8.3.1.1.3. Quanto ao Resultado.....	140
8.3.1.2. Método Jurídico-Científico (Kelsen).....	142
8.3.2. Método Científico-Espiritual (Smend).....	144
8.3.3. Método Tópico-Problemático (T. Viehweg).....	145
8.3.4. Método Hermenêutico-Concretizador (K. Hesse).....	146
8.3.5. Método Normativo-Estruturante (F. Müller).....	148
8.3.6. Método Comparativo (P. Häberle).....	150
8.3.7. Método Culturalista (Häberle).....	152
8.3.8. Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição (Häberle).....	152
9. Princípios de Interpretação Constitucional.....	155
9.1. Princípio da Supremacia da Constituição.....	155
9.2. Princípio da Unidade da Constituição.....	158
9.3. Princípio do Efeito Integrador.....	159
9.4. Princípio da Força Normativa da Constituição.....	160
9.5. Princípio da Máxima Efetividade ou Eficiência.....	162
9.6. Princípio da Justeza ou Conformidade Funcional (ou Exatidão).....	164

9.7. Princípio da Concordância Prática ou Harmonização.....	164
9.8. Princípio (regra ou postulado) da Proporcionalidade (verhältnismässigkeit).....	168
9.8.1. Estrutura do Princípio (regra ou postulado) da Proporcionalidade.....	170
9.8.1.1. Critério Tripartite.....	171
9.8.1.2. Critério Quinquipartite.....	172
9.8.1.3. Quadro comparativo entre os critérios tripartite e quinquipartite.....	173
9.8.1.4. Âmbito de aplicação do critério da proporcionalidade (Proibição do Excesso/ Übermassverbot e Proibição de Insuficiência/Untermassverbot).....	174
9.9. Princípio da Razoabilidade.....	175
9.10. Princípio da Presunção de Constitucionalidade.....	178
9.11. Princípio da Interpretação Conforme a Constituição.....	180
9.11.1. Interpretação da Constituição Conforme as Leis (gesetzeskonform Verfassungsinterpretation).....	183
10. Lacunas Constitucionais e formas de integração.....	187
10.1. Espécies de omissões (ou lacunas) na Constituição.....	188
10.1.1. Lacuna Descoberta ou Voluntária.....	188
10.1.2. Lacuna Encoberta ou Involuntária.....	203
10.1.3. Silêncio Eloquentes.....	204
10.2. Formas de Integração.....	209
10.2.1. O Costume Constitucional e a Constituição Formal, Codificada e Escrita.....	211
10.2.1.1. Constituição Formal.....	211
10.2.1.2. Constituição Codificada.....	212
10.2.1.3. Constituição Escrita.....	212
11. Procedimento Formal de Reforma e a Mutação Constitucional (Verfassungswandlung).....	215
11.1. Procedimento Formal de Reforma.....	215
11.1.1. Limites à Reforma Constitucional.....	215

11.1.1.1.	Limitações Formais.....	215
11.1.1.2.	Limitações Circunstanciais	216
11.1.1.3.	Limitações Materiais.....	218
11.1.1.3.1.	Limitações Materiais Expressas (Explícitas).....	218
11.1.1.3.2.	Limitações Materiais Implícitas.....	219
11.1.1.4.	Limitações Temporais.....	222
11.1.2.	Quadro das limitações constitucionais ao Poder de Reforma da CRFB/1988.....	223
11.2.	Mutação Constitucional.....	224
11.2.1.	Conceito e Natureza Jurídica.....	225
11.2.2.	Limites.....	226
11.2.2.1.	Limites Semânticos/Normativos (Coerência Semântica).....	226
11.2.2.2.	Limites Sistêmicos Internos (Coerência Interna: Sistêmica e Teleológica).....	226
11.2.2.3.	Limites Axiológicos (Coerência Axiológica).....	227
11.2.2.4.	Limites Institucionais (Coerência Institucional).....	227
11.2.2.5.	Limites Externos (Coerência Externa: Sistema Jurídico e Realidade Subjacente).....	227
11.2.3.	Espécies.....	232
11.2.3.1.	Mutação por Interpretação.....	232
11.2.3.2.	Mutação por Atuação do Legislador.....	233
11.2.3.3.	Mutação por Prática Constitucional.....	234
11.2.3.4.	Mutação Constitucional para Suprir Lacuna Constitucional.....	235
12.	Ativismo Congressional.....	237
12.1.	Efeito Backlash (backlash effect).....	242
13.	Teoria do Diálogo Institucional	249
13.1.	Diálogo Institucional na doutrina americana.....	256
14.	Conclusão.....	261
	Referências.....	269

Introdução

Ao iniciarmos o estudo referente à hermenêutica nos parece importante definirmos os contornos do termo que iremos empregar em nosso trabalho.

O termo hermenêutica (*ἐρμηνευτική*), nos valendo de Heidegger, vem do verbo grego *ἐρμηνεύειν*, que se refere ao substantivo *ἐρμηνεύς* que deriva do nome do deus grego Hermes.

Hermes é o mensageiro dos deuses, aquele que traz a mensagem do destino; *ἐρμηνεύειν* é a exposição que dá a notícia, à medida que consegue escutar uma mensagem, essa explanação torna-se interpretação daquilo que já foi dito. Assim, para Heidegger, hermenêutico não significa 'interpretar', mas trazer a mensagem e dar a notícia.¹

Para Paul Ricoeur a hermenêutica *é a teoria das operações da compreensão em sua relação com a interpretação de textos.*²

Gadamer por sua vez define hermenêutica como a *teoria filosófica do conhecimento que afirma que todos os casos de compreensão envolvem necessariamente tanto interpretação como aplicação.*

A hermenêutica universal de Schleiermacher

Mostra-se adequado iniciarmos o estudo com Friedrich Schleiermacher (**pai da hermenêutica moderna**); no século XIX o autor inicia sua busca por uma hermenêutica universal, universal no sentido de unificar as várias teorias hermenêuticas específicas em uma *hermenêutica universal*, a hermenêutica deixaria de ser uma disciplina particular sendo alçada à condição geral de compreensão.

O autor entendia a hermenêutica como a arte de compreensão da linguagem falada e escrita, portanto, *sendo a hermenêutica a arte de compreensão da linguagem, deve se ter em mente que qualquer expressão lingüística está relacionada à totalidade da linguagem e ao pensamento do autor*. Como a linguagem comunica, ela deve ser comum tanto ao orador quanto ao ouvinte. O importante, não é apenas fazer uma análise gramatical como algo derivado da linguagem, mas compreender o próprio 'espírito' do criador, essa junção atende à sua visão da hermenêutica como sendo a arte de compreender o que outra pessoa quer dizer com suas expressões na linguagem.³

É necessário conhecer a linguagem usada pelo autor e também compreender como o autor pensava em referência à sua cultura e tempo históricos particulares, o lado psicológico.

O objetivo da hermenêutica é, portanto, reconstruir como o uso da linguagem do autor consegue apresentar suas ideias. **Interpretar bem requer um talento para compreender tanto a linguagem quanto a individualidade do autor.**

Em sua teoria Schleiermacher divide a hermenêutica em duas práticas: (1ª) interpretação gramatical e (2ª) interpretação psicológica/técnica.

³ cfr. Gadamer; Ricoeur e Schmidt.

A (1ª) **interpretação gramatical** cuida da compreensão da linguagem usada pelo autor, faz-se um exame das regras gramaticais e semânticas da linguagem utilizadas no texto; precisamos compreender a linguagem do autor (do texto), a *interpretação gramatical trata, portanto, dos elementos linguísticos de um texto.*

O primeiro princípio da leitura gramatical envolve a ideia de círculo hermenêutico (no sentido mais simples do termo, da parte para o todo e do todo para parte),⁴ onde as expressões da linguagem estão relacionadas à totalidade da própria linguagem, há uma relação de interdependência entre a parte e o todo, nesse momento a determinação do significado de um elemento linguístico precisa se dar a partir da mediação entre a língua compartilhada, entre o autor e sua platéia.

Sendo a fala ou a escrita uma tentativa de comunicação entre o autor e sua platéia, pressupomos o uso da linguagem comum, em outros termos, para se determinar o sentido de um enunciado linguístico, precisamos lê-lo a partir da posição de uso compartilhado da linguagem.

O segundo princípio da interpretação gramatical diz que o sentido de cada palavra num dado local precisa ser determinado através de sua conexão com as palavras ao seu redor, como as palavras podem ter múltiplos sentidos, o significado específico intencionado pelo autor só pode ser desvendado a partir do contexto linguístico em que ela aparece.

(2ª) **interpretação psicológica/técnica** é um complemento da interpretação gramatical, sendo ambas realizadas simultaneamente no processo de interpretação. A tarefa da interpretação psicológica é compreender toda estrutura do pensamento como *um momento da vida de uma pessoa particular*. Essa técnica busca reconstruir o pensamento do autor e o modo pelo qual os pensamentos são expressos, a finalidade é compreender o 'espírito' do autor, *conhecer o criador da criatura*, o intérprete atua quase que como um psicanalista, devendo penetrar na mente do autor, **conhecer o autor mais do que o autor conhece si mesmo.**

A interpretação psicológica/técnica, conforme explica Schmidt, *pode ser dividida em duas etapas, a primeira, a puramente psicológica, tem como escopo identificar a decisão seminal do autor que impulsionou seu pensamento, sua fala e sua escrita, o intérprete precisa tentar pensar como o autor; já na segunda*

⁴ Atenção para visão mais complexa do termo **círculo hermenêutico**, que veremos em Heidegger e Gadamer, que vai além do mero processo formal, objetivo ou subjetivo, do geral para o individual, do individual para o geral, mas sim no sentido de ingressar na própria história, nesse viés, o círculo do compreender pertence à estrutura ontológica do sentido.

*etapa, interpretação técnica, busca compreender como os pensamentos do autor são expressos em sua composição, a análise técnica pode ser decomposta em duas partes, primeiro (meditação) um exame de como o autor pensa sobre o tópico de sua obra e organiza seus pensamentos, a segunda (composição) parte trata de como o autor organiza e expressa seu tópico pra uma platéia específica.*⁵

Ao examinar o método psicológico de interpretar Schleiermacher faz referência aos métodos **divinatório** e **comparativo**.

O **método divinatório** seria aquele em que o intérprete se “transformaria” na própria pessoa como forma de compreender o aspecto subjetivo de forma mais direta, através desse método se conseguiria reconstruir as circunstâncias particulares que levaram o autor a sua decisão seminal, e também suas ideias secundárias.

Pelo **método comparativo**, se descobre a individualidade da obra através de uma comparação com outras, ou ainda, como contemporâneos do autor discorriam sobre o tema, ou como faziam uso da linguagem e expressavam seu pensamento.

Schleiermacher via a hermenêutica como uma tarefa possível, ainda que infinita. O intérprete pode reconstruir o que o autor quer dizer por que a linguagem permite que o intérprete conheça, ainda que de maneira aproximada, a estrutura que o autor apresenta na linguagem, pode ainda o intérprete comparar o autor com seus contemporâneos para desvendar o estilo e seu significado individual; já através do método divinatório baseado na similitude humana e, valendo-se de uma comparação com o *em-si*, o intérprete pode alcançar o pensamento do autor; o intérprete deve ser alguém com preparo e talento, deve ser capaz de conhecer o autor e seu tempo, deve conhecer o assunto analisado, e a área linguística do texto.⁶

A hermenêutica de Schleiermacher estava ainda muito atrelada à cisão sujeito/objeto; na esfera jurídico/constitucional, poderíamos dizer que, atrelada à vontade do ‘constituínte’, ou como dizem os americanos, *founding fathers/pais fundadores*, ou ‘vontade do legislador’.

Paul Ricoeur diz que a hermenêutica de Schleiermacher possui uma dupla marca, é **romântica** e **crítica**. *Romântica por seu apelo à relação viva com o processo de criação e crítica por seu desejo de elaborar regras universalmente válidas da compreensão.*⁷

⁵ SCHMIDT, Lawrence. *Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.p.30/38.

⁶ RICOEUR, Paul. *Op.cit.*p.26/27.

⁷ *Op.cit.*p.27.

A hermenêutica histórica de Wilhelm Dilthey

Wilhelm Dilthey, que foi biógrafo de Schleiermacher, buscou desenvolver sua teoria formulando uma metodologia própria para as ciências humanas, de base empírica, distinta da metodologia positivista das ciências exatas.

As ciências da natureza tem por função **explicar** como um fenômeno ocorre, se valendo para tanto das leis causais universais; já nas ciências humanas a finalidade é **compreender** o mundo em que vivemos, a sociedade, as relações humanas, visam, portanto, a compreensão do mundo.

A **compreensão** seria o método para alcançarmos uma **validade objetiva** nas ciências humanas; nesse sentido podemos falar em uma **teoria da compreensão**, compreensão hermenêutica.

O projeto de Dilthey é, como dito, justificar filosoficamente uma metodologia apropriada às ciências humanas.

Dilthey reconhece o valor dos estudos de Schleiermacher, destacando quatro pontos fundamentais de sua teoria, (1º) primeiramente reconhece que, as regras hermenêuticas para interpretar textos são um caso específico do próprio processo de compreensão em geral, (2º) segundo, reconhece que o intérprete e o autor compartilham uma natureza humana geral, (3º) terceiro, é que compartilhando essa natureza humana o intérprete pode “recriar a forma de vida alheia” e compreender a vida interior de outra pessoa (método divinatório), por fim, (4º) em termos lógicos, o intérprete pode entender o todo que o texto é a partir das palavras (todo pela parte, e parte do todo). *Essa empreitada seria possível porque o intérprete já conhece as regras gramaticais, as formas lógicas e a história da era do autor.*⁸

⁸ cfr. Lawrence Schmidt, op. cit. e Gadamer, op. cit.

Com Dilthey, ocorre uma aproximação entre a hermenêutica filológica e exegética com a hermenêutica histórica, no caminho de uma maior universalidade, pois, antes da coerência de um texto, vem a da história, entendida como o grande “documento do homem”, como a mais fundamental expressão da vida.

Dilthey fala em **consciência histórica**; por sermos seres históricos, temporais, essa temporalidade está contida na vida como sua primeira determinação categórica e, ao experimentarmos essa temporalidade não podemos dissociar a relação entre o todo e as partes, pois, a relação da parte com o todo é reexperimentada na compreensão, e a relação parte-todo é o do significado das partes para o todo.

O nexu estrutural da vida, assim como um texto, é determinado pela relação entre o todo e as partes. Cada parte expressa algo sobre o todo da vida e tem, portanto, um significado para esse mesmo todo, como o próprio significado é determinado pelo todo (é a ideia de círculo aplicada à vida).

*A idealidade do significado não pode ser atribuída a um sujeito transcendental, mas surge da realidade histórica da vida.*⁹

Gadamer diz que para Dilthey **o nexu de vida e saber é, pois, um dado originário**.¹⁰

A compreensão é o método para se chegar a validade *objetiva* nas ciências humanas, a **hermenêutica é**, portanto, o **método (doutrina ou teoria) para compreensão de textos**.

A escola histórica de Dilthey, embora reconhecesse que o intérprete é ele mesmo um *ser* histórico, vivendo em um determinado contexto, e que não seria viável se obter um ponto de vista absolutamente objetivo, tal qual nas ciências exatas, defendia, contudo, o conhecimento válido com base na ideia de *sujeitos lógicos*, não *sujeitos reais*, esses *sujeitos* seriam coletividades que criam *estruturas históricas significativas*, a partir dessas estruturas, a vida individual conseguiria acessar a vida em geral e

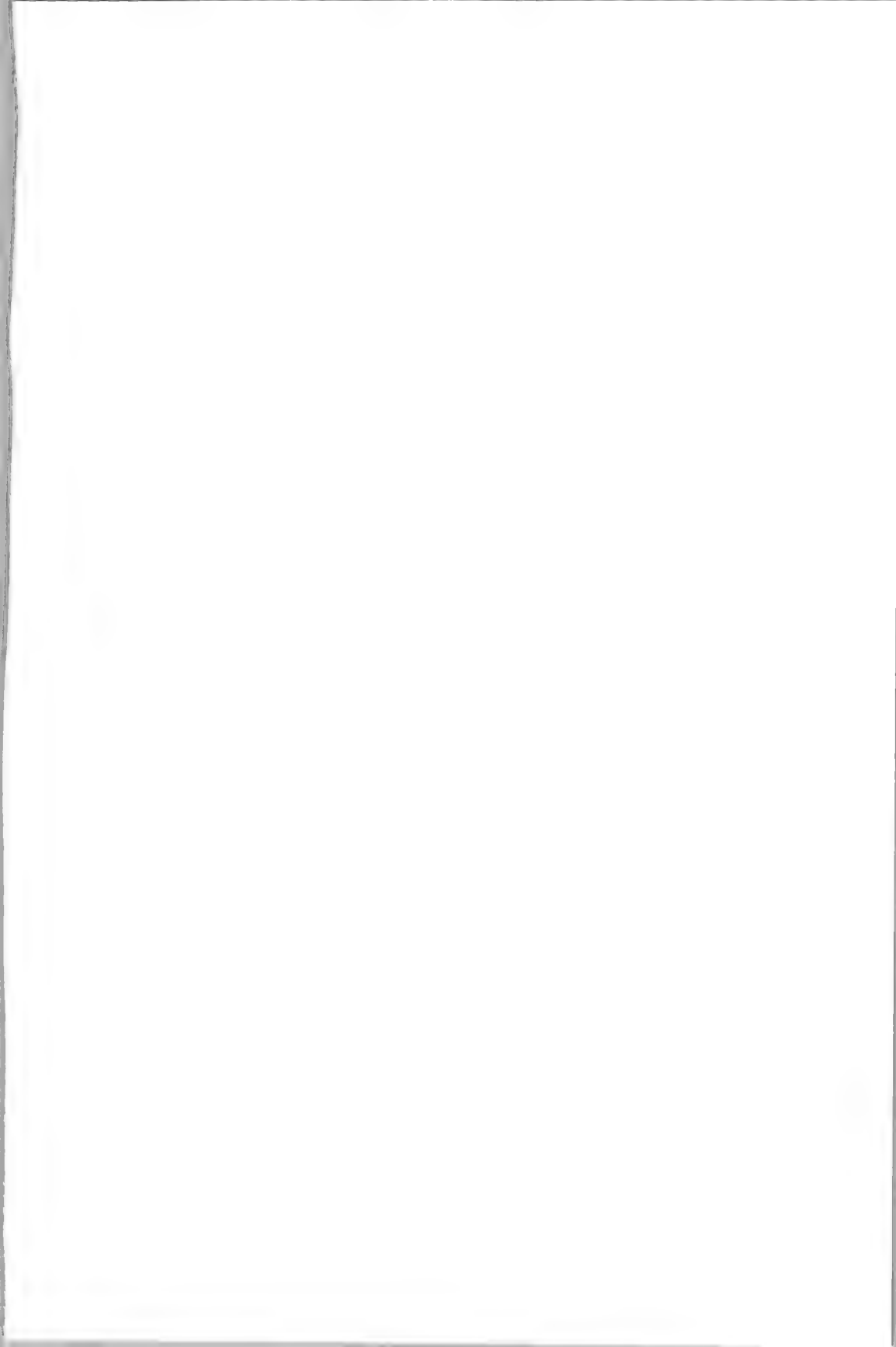
⁹ Gadamer. Op.cit.p.302: Para Dilthey, significado não é um conceito lógico, mas é entendido como expressão da própria vida. A própria vida, essa temporalidade em constante fluxo, está voltada à configuração de unidades de significado duradouras. A própria vida se autointerpreta. Tem estrutura hermenêutica. É dessa forma que a vida constitui as verdadeiras bases das ciências do espírito, a hermenêutica surge a partir da fundamentação da filosofia da vida.

Dilthey entende que a compreensão não decorre do saber do conceito especulativo, absoluto, como em Hegel, mas sim na própria consciência histórica auto-reflexiva.

¹⁰ Gadamer. Op.cit.p.318.

a consciência histórica conseguiria compreender a tradição. Esse ponto de vista seria *a-histórico*, pois, Dilthey acreditava na possibilidade de um exame *objetivo*, e, ainda tentava *escapar* do círculo hermenêutico (visto como círculo vicioso), e não *entrar* no *círculo hermenêutico*, de forma adequada, como seria mais tarde defendido por Heidegger.

A valorosa contribuição do autor foi inserir o *compreender* (a interpretação) em um contexto histórico, porém, sua teoria ainda estava atrelada à tentativa de obter uma interpretação **objetivamente válida**, ainda preso à perspectiva sujeito-objeto.



A ontologia hermenêutica de Martin Heidegger

Nascido na pequena cidade de Meßkirch (*Messkirch*), Alemanha, Martin Heidegger foi um dos maiores filósofos do século XX, aluno de Edmund Husserl “pai da fenomenologia”¹¹, e, embora tenha iniciado a fenomenologia a partir de Husserl, criou sua própria filosofia, desenvolvendo sua ontologia e fenomenologia únicas, afastando-se das ideias de Husserl.

Em seu mais famoso livro, *Sein und Zeit* (Ser e Tempo), o objetivo era, em suas palavras, *Die konkrete Ausarbeitung der Frage nach dem Sinn von “Sein” ist die Absicht der folgenden Abhandlung*; o horizonte de fundo de toda a sua investigação, portanto, é o do sentido de *Ser*, os modos e as maneiras de enunciação e expressão de *ser*.¹²

A preocupação de Martin Heidegger (apelidado de *The Magician from Messkirch*, *Meßkirch*), portanto, nunca foi desenvolver uma teoria hermenêutica, mas sim, investigar o sentido do *Sein* (*ser, being*), como indicado em seu livro seminal, *Sein und Zeit*.

Em *Sein und Zeit* (Ser e Tempo) Heidegger diz que:¹³

*Das ‘Sein’ ist der selbstverständliche. In allem Erkennen, Aussagen, in jedem Verhalten zu Seiendem, in jedem Sich-zu-sich-selbst-verhalten wird von ‘Sein’ Gebrauch gemacht, und der Ausdruck ist dabei ‘ohne weiteres’ verständlich.*¹⁴

¹¹ Edmund Husserl foi aluno de Franz Clemens Honoratus Hermann Brentano, o precursor da fenomenologia, chamado de “o bisavô da escola fenomenológica” por Gadamer.

¹² “A elaboração concreta da pergunta pelo sentido de “ser” é o propósito do trabalho que se segue.”

¹³ *Sein und Zeit. Einleitung. Erstes Kapitel, §1.3.*

¹⁴ Tradução livre: O ‘ser’ é o conceito que pode ser compreendido por si mesmo. Em todo conhecer, em todo enunciado, em cada relação com os entes, em cada

Todos nós compreendemos as expressões “*Der Himmel ist blau*” (“O céu é azul”) ou “*ich bin froh*” (“eu sou alegre”), etc. Mas essa compreensão comum a todos nós demonstra apenas falta de compreensão. Não levamos em consideração, como diz Sarah Bakewell, *the little word in the middle*, qual seja, a expressão ‘é’, ‘ser’, como se fosse menos importante, *but, when we stop to think about it, we realise that it brings up a fundamental and mysterious question*.¹⁵

O que significa dizer que o ente (*Seienden*) “é” (“*Sein*”)?

Essa pergunta, pelo sentido de *ser*, deve ser feita.

Essa indagação pelo sentido de *ser* é uma busca, é a busca pelo conhecimento do ente *enquanto tal* e como ele é.¹⁶

A partir dessa premissa, hermenêutica, na visão do *Mago de Messkirch*, não deve ser entendida como estudo das técnicas de interpretação ou teoria da interpretação, *não é um modo artificialmente concebido de análise. A interpretação é algo cujo ser é o ser da própria vida fática. Hermenêutica é autointerpretação da faticidade, e, não tem por objetivo a posse de conhecimentos, mas o conhecer existencial, id est, um ser. A hermenêutica fala desde o ser interpretado e para o ser interpretado*.¹⁷

Hermenêutica da faticidade vai indicar, primeiramente que, *hermenêutica* é a arte de compreender algo dotado de sentido, já *faticidade*, em contrapartida, visa *o fato do fato*, significa, portanto, que há algo *aí* que não pode ser compreendido, mas que tem de ser acolhido como um fato.¹⁸

Cada língua é uma autointerpretação da vida humana.¹⁹

Podemos dizer que a hermenêutica como *autocompreensão* da faticidade se funda no compreender, onde *ser* está conectado com a realidade do mundo, o sentido é, portanto, o que se articula como tal na interpretação e que, no compreender, *já se apresentou como possibilidade de articulação* (*Alle Auslegung gründet im Verstehen. Das in der Auslegung*

comportar-se e em todo relacionar-se com si mesmo, faz-se uso de ‘ser’ e, nesse uso, a expressão é entendida ‘sem nada mais’.

¹⁵ BAKEWELL. Sarah. *At Existentialist Café*. Other Press, 2016.p.51: ...mas quando nos damos conta, entendemos que questão levanta questionamentos fundamentais e misteriosos.

¹⁶ *Fragen ist erkennendes Suchen des Seienden in seinem Daß - und Sosein*.

¹⁷ HEIDEGGER. *Ontologia*.p.24.

¹⁸ “Hermenêutica da Faticidade significa uma interpretação do *ser-aí* humano, que segue a autointerpretação desse *ser-aí* na concreção de seu mundo da vida. (Gadamer. *Hermenêutica em Retrospectiva*. p.14.

¹⁹ GADAMER. *Hermenêutica em Retrospectiva*. Rio de Janeiro:Vozes, 2012.p.53.

*Gegliederte als solches und im Verstehen überhaupt als Gliederbares Vorgezeichnete ist der Sinn).*²⁰

A interpretação, portanto, se move a partir das condições de possibilidade que se abrem no interpretar, e que já se apresentam como condições de possibilidade, possibilidade de ser.

O interpretar não é uma atribuição de sentidos, é sim, compreender os sentidos que se abrem a partir das condições fáticas de possibilidade, *possibilidade de ser*, esta possibilidade de ser *é uma possibilidade de ser concreta, que varia faticamente segundo a situação à qual é dirigido o questionamento hermenêutico em cada ocasião.*²¹

Não é nada que possa ser escolhido ao capricho.

A vida somente se deixa aclarar quando se viveu, do mesmo modo que Cristo começou a explicar as escrituras e a mostrar como ensinavam sobre ele - somente depois de ter ressuscitado. (KIERKEGAARD)

A filosofia de Heidegger era direcionada à superação do subjetivismo que imperava (ou ainda impera...) no pensamento filosófico moderno.

O personagem “O filósofo” do escritor José Saramago, no Conto da Ilha Desconhecida, diz que: *É preciso sair da ilha para ver a ilha. Não nos vemos se não saímos de nós.*²²

Para filosofia de Heidegger isso seria incorreto (ou mesmo impossível), a forma correta de ver a ilha como a ilha é, é vivendo a experiência e ingressando na ilha, não saindo dela, o que só possibilitaria uma visão superficial da ilha, e não conhecer a ilha como a ilha verdadeiramente é.

Me valendo ainda do Conto da Ilha Desconhecida... “A Ilha Desconhecida fez-se ao mar, à procura de si mesma”.²³

Diz Heidegger, como anotamos, que, *a interpretação é o desenvolvimento do compreender, na interpretação o compreender não se torna algo diverso, mas ele mesmo. A interpretação funda-se existencialmente no compreender e este não surge dela.*²⁴

²⁰ HEIDEGGER. Ser e Tempo. Maria Sá C. Schuback. Rio de Janeiro: Vozes, 2015.p.215.

²¹ HEIDEGGER. Ontologia - hermenêutica da faticidade. Rio de Janeiro: Vozes, 2016.p.23.

²² SARAMAGO, José. O Conto da Ilha Desconhecida. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.p.41.

²³ SARAMAGO.p.62.

²⁴ HEIDEGGER. Ser e Tempo. Maria Sá C. Schuback. Rio de Janeiro: Vozes, 2015.p.209.

Interpretar não é tomar conhecimento do compreendido, mas elaborar possibilidades projetadas no compreender (*Die Auslegung ist nicht die Kenntnisnahme des Versatandenenen, sondern die Ausarbeitung der im Verstehen entworfenen Möglichkeiten*).

Como noticia Paul Ricoeur, o *compreender* deixa de aparecer como um simples modo de *conhecer* para tornar-se uma *maneira de ser* e relacionar-se com os seres ou com o ser.²⁵

Assim, com Martin Heidegger, hermenêutico não significa 'interpretar' no sentido moderno, mas trazer a mensagem e dar a notícia, o termo indica *determinada unidade na realização do ἐρμενεύειν* (do comunicar), em outros termos, *interpretação da faticidade que conduz ao encontro, visão, maneira e conceito da faticidade*.²⁶

O intérprete (*arauto*, como preferia Heidegger) é aquele que comunica, que anuncia e faz conhecer.

Compreender um texto não é *atribuir-lhe* sentido, ou descobrir um sentido estático contido no texto, mas revelar a(s) possibilidade(s) de ser das condições de possibilidade que se abrem a partir do próprio texto; Ricoeur nos diz que a preocupação aqui é com a estrutura do ser, e, a partir das condições de possibilidade é que se abrem sentidos possíveis, nesse momento surgiria a interpretação, poderíamos falar, portanto, em, *situação-compreensão-interpretação*.²⁷

Interpretação seria um desdobramento do compreender que não o transforma em outra coisa, apenas a faz ela mesma.

Seguindo essa ideia, nossa experiência primária com os textos (as palavras) não é produzi-lo, mas sim escutar o texto, recebê-lo, ouvi-lo, o escutar o que o texto tem a dizer é constitutivo do próprio discurso, eu compreendo primeiro para então interpretar.

Essa prioridade da *escuta*, diz Ricoeur, *estabelece a relação fundamental da palavra com a abertura ao mundo e ao outro*.²⁸

Como se nota nas ideias de Heidegger, a *ontologia* precede(ria) qualquer *epistemologia*, ou *a epistemologia é subordinada à ontologia*.²⁹

²⁵ RICOEUR, PAUL. *Hermenêutica e Ideologias*. Rio de Janeiro: Vozes, 2013. p.24.

²⁶ HEIDEGGER. *Ontologia - hermenêutica da faticidade*. Rio de Janeiro: Vozes, 2016. p.21.

²⁷ RICOEUR. *Op.Cit.* p.41.

²⁸ RICOEUR. *Op.Cit.* p.43.

²⁹ RICOEUR. *Op.Cit.* 44.

A interpretação se funda em uma estrutura prévia, onde o compreender é um compreender-se a partir de seu mundo, a partir das condições de possibilidade; no compreender, sempre haverá uma antecipação de sentidos que se abrem no compreender.

Heidegger ensina que, *entendido o ser como suas possibilidades no mundo, o compreender como poder-ser possui ele mesmo possibilidades delineadas pelo âmbito de tudo que pode se abrir. Esse poder-ser nunca é mais do que é faticamente, porque o poder-ser pertence à sua factualidade. Como seres no mundo estamos historicamente situados, a compreensão é um entendimento de si mesmo inserido em um contexto histórico, e não fora dele, esse compreender envolve um exame das condições fáticas de possibilidade e os sentidos que se apresentam a partir do contexto que se está inserido. A interpretação funda-se no compreender e não o contrário. Interpretar não consiste em tomar conhecimento do que se compreendeu, mas sim, elaborar possibilidades que se abriram no compreender, visto como uma estrutura prévia da interpretação.*³⁰

Streck mostra que, *com o giro ontológico operado por Heidegger, dá-se - de forma inédita em toda a tradição filosófica - uma reconciliação entre prática e teoria e, ao mesmo tempo, ocorre um deslocamento do solipsismo subjetivista para um contexto intersubjetivo de fundamentação. Essa visão privilegia a dimensão das vivências fáticas.*

É desse modo, pois, que a hermenêutica irá responder ao problema da relação entre teoria e prática: um contexto intersubjetivo de fundamentação, no interior do qual tanto o conhecimento teórico quanto o conhecimento prático se dão na abertura do pré-compreender estruturante. É - por assim dizer - desse comportamento moral, o qual se dá na pré-compreensão, que podemos extrair a ideia de resposta correta e de institucionalização do mundo prático dos princípios". Segue o autor dizendo que, *não interpretamos para compreender, e, sim, compreendemos para interpretar.*³¹

Essa estrutura prévia, do compreender, possui três momentos fundamentais na visão de Heidegger:³²

1º) **Posição-prévia (Vorhabe):** a interpretação se funda cada vez em um ter-prévio (*Diese gründet jeweils in Reiner Vorhabe*), onde o ser entendedor se move relativamente a uma já entendida totalidade-de-conjunção, é a posição que possibilita o horizonte de articulações.

³⁰ HEIDEGGER. Ser e Tempo. Maria Sá C. Schuback. Rio de Janeiro: Vozes, 2015.p.209.

³¹ Verdade e Consenso. São Paulo: Saraiva. 2012.p.456.

³² HEIDEGGER. Ser e Tempo. Maria Sá C. Schuback. Rio de Janeiro: Vozes, 2015.p.211/212

2º) **Ver-prévio (Vorsicht)**: nesse segundo momento se dá um “recorte” do que se abriu na posição-prévía, segundo uma possibilidade determinada de interpretação (*Die Auslegung gründet jeweils in einer Vorsicht, die das in Vorhabe Genommene auf eine bestimmte Auslegbarkeit ‘anschneidet’*).

3º) **Concepção/Antecipação-prévía (Vorgriff)**: nesse terceiro momento se dá a apreensão desse conjunto de posições e visões prévias, o compreendido, estabelecido em uma posição prévía e visado (**anvisirte**: alvo, foco, visado) em uma visão prévía tornam-se conceitos³³ pela interpretação.

A interpretação de algo como algo funda-se, portanto, essencialmente, numa posição-prévía (*Vorhabe*), numa visão prévía (*Vorsicht*) e concepção prévía (*Vorgriff*).

A interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições, como algo previamente dado.

Quando a concretização particular da interpretação, no sentido da interpretação exata do texto, se satisfaz em se basear no que “está” no texto, aquilo que de imediato se apresenta, nada mais é do que a opinião prévía indiscutida e supostamente evidente do intérprete. Em todo princípio de interpretação esse “resultado” já se apresenta como o que está posto, como aquilo que já se apresenta como previamente dado na **posição-prévía**, no **ver-prévio** e na **concepção-prévía**.

A interpretação movimenta-se, portanto, no que foi compreendido e dele se alimenta, podemos dizer que se movimenta em um círculo (**círculo hermenêutico**³⁴), e, o decisivo não é sair do círculo, como dizem os defensores de uma “neutralidade interpretativa”³⁵, mas sim, entrar no círculo de modo adequado, este círculo do compreender não é um cerco, em

³³ “Conceito” não é um esquema, mas uma possibilidade de *ser, id est*, constitui este instante; um significado produzido, extraído; um conceito mostra a *posição prévía*, quer dizer, transpõe para experiência fundamental; mostra a *concepção prévía*, isto é, exige o como do falar e questionar de alguém; ou seja, transpõe o *ser-aí* segundo sua tendência para interpretação e a preocupação. Os conceitos fundamentais não são acréscimos posteriores, mas motivos condutores: deve-se tomar o *ser-aí* na aceção de sua maneira de ser. (Martin Heidegger, *Ontologia*.p.22)

³⁴ O termo **círculo hermenêutico** aqui utilizado não se confunde com sua utilização comum em nossa doutrina como um processo do geral para o individual, do individual para o geral, mas sim no sentido de ingressar na própria história, esse círculo do compreender pertence à estrutura do sentido. Onde o todo deve ser entendido pela parte e a parte só ganha sentido pelo todo.

³⁵ Dizem os críticos que este seria um *círculus vitiosus*, o ideal, portanto, seria que se pudesse evitar esse círculo na esperança de se criar, pela primeira vez, uma interpretação independente do ponto de vista do observador.

que se movimenta um modo qualquer de conhecimento, mas é própria expressão da estrutura-prévia existencial. Nesse círculo se abriga a possibilidade positiva de conhecimento mais originário.

Heidegger rechaça a ideia de *verdades objetivas*, e, volta-se às condições práticas de existência, ou, como diz Gianni Vattimo, *assume a reviravolta da filosofia na práxis em que pensava Marx, mas que nele não pôde afirmar-se completamente exatamente pela sobrevivência de uma visão científica e objetivista da verdade; e, a transformação prática das condições de existência, paradoxalmente, é levada mais à sério por Heidegger*.³⁶

A relação do pensamento, prossegue Vattimo, com a verdade do ser, com a abertura originária da verdade, com o arcabouço em que o ser aí é “lançado”, não é de modo algum um conhecimento ou aquisição teóricos. É antes aquilo que Wittgenstein chamaria a “partilha de uma forma de vida”. Cuida-se em Heidegger de assumir como horizonte de possibilidade a herança da tradição em que somos lançados, trata-se de um círculo hermenêutico e não um círculo vicioso.³⁷

Assim sendo, toda interpretação, como examinado, funda-se no compreender, e o sentido é o que se articula como tal na interpretação e que no compreender já se delineou como possibilidade dessa articulação.

Toda experiência da verdade é interpretativa, pois obtida a partir de uma experiência interpretativa, tendo em conta que o intérprete não é um sujeito que observa o mundo de fora, mas sim inserido em um contexto histórico e temporal, logo, não se pode afirmar, objetivamente, como as coisas são, mas sim como são a partir dessas condições, dessa perspectiva.

Importa agora identificar o modo de acesso.

O modo de se acessar o *Dasein*³⁸ (*ser-aí, ser e temporalidade*, o ser em cada momento) é a *fenomenologia*.³⁹

³⁶ VATTIMO, Gianni. Adeus à Verdade. Rio de Janeiro: Vozes, 2009. p. 12.

³⁷ VATTIMO, Gianni. Adeus à Verdade. Rio de Janeiro: Vozes, 2009. p. 13.

³⁸ O modo de ser do *Dasein* que me é próprio é o *ser-no-mundo*. *Dasein* encontra originalmente as coisas no mundo como coisas úteis numa situação pragmática. As coisas enquanto meros objetos são derivadas. As coisas úteis estão ligadas numa totalidade referencial. Estas referências são relevantes e significam algo para o *Dasein*. O mundo do *Dasein* é constituído pela totalidade de relevância em que ele vive. *Dasein* é *ser-em*, *ser-no mundo*, mas também, de forma complementar, *Dasein* é um *ser-com*, e encontra outras pessoas de forma igualmente originária como as coisas úteis. *Dasein* se descobre como um *eu/eles* em sua vida cotidiana. Conferir: Ricoeur. Op.cit. p.39 e SCHMIDT. Lawrence K. Hermenêutica. p.104.

³⁹ Fenomenologia que tem como precursores os trabalhos de Brentano e de Husserl.

Com Heidegger podemos dizer que fenômeno não é uma categoria, mas uma referência ao *como* de acesso, da apreensão e da verificação, portanto, a *fenomenologia não é outra coisa do que um modo de investigar, mais precisamente: falar de algo tal como esse algo se mostra e apenas na medida em que se mostra*. Algo que parece trivial para as ciências naturais, mas que, desde Aristóteles, foi sendo esquecido na filosofia.⁴⁰

A ontologia (hermenêutica) tem por objeto principal a analítica do *Dasein* (*ser-aí*), a fenomenologia é o método de acessar, de investigar, é o nome para o *método da ontologia*.

Na ontologia o *ser* deve ser apreendido e concebido por meio do método fenomenológico e é preciso observar que, por mais que a fenomenologia o tenha trazido hoje à vida, aquilo que ele busca e pretende já estava vivo desde o início da filosofia ocidental.

O *ser* é o *ser* do *ente*, que se revela pelas condições de possibilidade que se abrem a partir do *ente*.⁴¹

O método fenomenológico tem três componentes fundamentais: *redução*, *construção* e *destruição*, esses três componentes do método fenomenológico se *copertencem* em termos de conteúdo e precisam ser fundamentados em sua *copertinência*.⁴²

REDUÇÃO: Por *redução* fenomenológica há uma *recondução* de nosso olhar do *ente* para o *ser*, nas palavras de Heidegger, *redução* fenomenológica significa a recondução do olhar fenomenológico da apreensão do *ente*, como quer que tal apreensão se determine, para a compreensão do *ser* desse *ente* (projetada com visitas ao modo de seu desvelamento).

CONSTRUÇÃO: A *recondução* necessita de um direcionamento positivo do olhar para o próprio *ser*, esse comportamento positivo é um dirigir-se para o *ser*, isto é, uma *condução*. O *ser* não é tão acessível quanto o *ente*. Nós não nos encontramos simplesmente em frente a ele, ele deve ser visualizado em uma *projeção livre*. Essa *projeção de um ente* previamente dado com vistas ao seu *ser* e às suas estruturas indica a *construção fenomenológica*.

O método fenomenológico não se esgota nesse projetar do *ente* para o *ser*.

Toda *projeção* do *ser* se realiza no retrocesso redutivo a partir do *ente*, a consideração do *ser* tem o *ente* como pontos de partida. Esse

⁴⁰ HEIDEGGER. *Ontologia*. Op.ci.p.79.

⁴¹ *O ser do-ente se re-vela pela cura*. (PINHEIRO)

⁴² HEIDEGGER. *Os Problemas Fundamentais da Fenomenologia*. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.p.36/39.

começo é a cada vez determinado pela experiência fática do *ente* e pelo *círculo de condições de possibilidades existenciais* que são cada vez próprias a um *ser-aí* (*Dasein*) fático, *id est*, à conjuntura histórica de uma investigação filosófica.

Como o *ser-aí* é histórico em sua própria existência, as possibilidades de acesso e modos de interpretação dos *entes* são eles mesmos diversos, variando em conjunturas históricas diferentes. O elenco de conceitos filosóficos fundamentais oriundos da tradição filosófica são, ainda hoje, influentes, por essa razão se faz necessário agregáramos um componente crítico, a *destruição*.

DESTRUIÇÃO: Pertence necessariamente à interpretação do *ser* e de suas estruturas, isto é, à construção redutiva do *ser*, uma *destruição*, ou seja, uma *desconstrução* crítica dos conceitos tradicionais que precisam ser de plano empregados, com vista às fontes de onde são hauridos. É só por meio da *destruição* que a ontologia pode se assegurar plenamente de maneira fenomenológica da autenticidade de conceitos.

A tendência de encobrimento do *ser-aí* é que apresenta a tarefa própria da hermenêutica, qual seja, o *descobrir* e *liberar* tudo aquilo com o que o querer compreender se depara, é a tarefa de *desconstrução*, cuida-se de *desconstrução* para a *liberação* ao acesso do conhecimento mais verdadeiro. A *destruição* dirige-se contra o *encobrimento* e volta-se para liberação do que se encontrava encoberto, pois, todo *ser-aí* compreende-se a partir de seu *mundo circundante* e de sua vida cotidiana, articulando-se na forma linguística em que se movimenta. Nessa medida, haverá sempre encobrimentos, e, conseqüentemente, também haverá sempre, *destruição* de encobrimentos.

O método assim delineado da ontologia possibilita uma caracterização da ideia da fenomenologia como **procedimento científico da filosofia**. (Heidegger)

O *Dasein* como *ser-em* existe no *aí* (o *aí* de *ser-aí*, ou o *da* de *Dasein*), o *aí* é nossa interação com o mundo circundante, com as coisas e com as pessoas.

Lawrence Schmidt discorrendo sobre o *Dasein* diz que, o tipo de ser que *Dasein* tem é ser possível. Isto significa que há vários cursos de ação, escolhas de caminhos possíveis para seguir que estão abertos ao *Dasein*.⁴³

Heidegger afirma que:⁴⁴

⁴³ SCHMIDT. Lawrence K. *Hermenêutica*.p.106/107.

⁴⁴ A Essência da Liberdade Humana. Rio de Janeiro: Via Verita, 2012.p.152 e 343.

O compreender ser não atravessa apenas todo comportamento em relação ao ente, como se ele estivesse por toda parte presente e mesmo aí, mas ele é a *condição de possibilidade do comportamento em relação ao ente em geral*. Se não houvesse no homem o compreender ser, *então ele não poderia se comportar em relação a si mesmo como ente*, ele não poderia dizer “eu”, nem “tu”, ele não poderia ser *ele mesmo*, não poderia ser pessoa. *Ele seria impossível em sua essência. A compreensão do ser é, por conseguinte, o fundamento da possibilidade de essência do homem. Liberdade é a condição de possibilidade da manifestação do ser do ente, da compreensão de ser.*

No primeiro Heidegger, o foco é entender o sujeito como habitante de um mundo, em sua condição de *ser-no-mundo, ser-em*, a partir da qual surge a *situação, compreensão e interpretação*. É preciso, antes de tudo, *encontrar-se*, entender-se no *aí* e *sentir-se*, dessa ou daquela maneira, antes de se orientar-se. A função primeira do compreender é nos situarmos (orientarmos), o compreender se dirige ao exame das possibilidades de ser que se abrem, e não à apreensão de um fato, por tanto, a exegese das coisas precede a exegese do texto.

“O peso principal dessa meditação não se concentra sobre o discurso e, menos ainda, sobre a escrita. A questão da linguagem só se introduz após as da *situação, da compreensão e da interpretação*”. (Ricoeur)

Para Heidegger toda compreensão parte de pressupostos já existentes, a compreensão correta ocorre quando as estruturas prévias são baseadas nas coisas em si, logo, podemos afirmar que toda compreensão possui caráter temporal, intencional e histórica; em seu momento mais maduro, na fase da *Kehren* (virada), no segundo Heidegger,⁴⁵ a linguagem passa a ter função decisiva, a linguagem é em si mesma hermenêutica, *a linguagem é, portanto, o que prevalece e carrega a referência do homem com a duplicidade entre ser e ente. A linguagem decide a referência hermenêutica.*⁴⁶

Nesse estágio, Heidegger busca afastar a linguagem metafísica que ainda estava atrelada à fenomenologia hermenêutica e à ontologia, na obra *Sein und Zeit*, direcionando seus esforços para a linguagem mais original, abandonando, inclusive, o uso do termo hermenêutica.

⁴⁵ HEIDEGGER, Martin. *A Caminho da Linguagem*. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.
_____. *Marcas do Caminho*. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

_____. *Sobre a Essência da Linguagem*. Rio de Janeiro: Vozes, 2015.

_____. *A Essência da Liberdade Humana*. Rio de Janeiro: Via Verita, 2012.

⁴⁶ HEIDEGGER, Martin. *A Caminho da Linguagem*. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p.97.

O *ser* continua a ocupar posição central, passando a expressão a ser grafada em palavra maiúscula, *Ser*, embora o exame seja deslocado para linguagem.

O *discurso*, diz Heidegger, é a articulação “significante” da estrutura compreensível do *ser-no-mundo*, ganhando importância, o *poder da manifestação da linguagem*.

Na linguagem a relação com o outro adquire relevo, o *ser-com* ganha importância.

Tomando em conta a posição da linguagem, a primeira aproximação hermenêutica não é o falar (*sprechen*), mas o ouvir, o escutar é constitutivo do discurso.

Compreender é entender. Em outros termos, minha primeira relação com a palavra não é produzi-la, mas recebê-la: ‘O ouvir é constitutivo do discurso’. Esta prioridade de *escuta* estabelece a relação fundamental da palavra com a abertura ao mundo e ao outro. (...) Enquanto o falar remete ao homem falante, o *dizer* remete às coisas ditas.⁴⁷

Como afirmou Heidegger: *A linguagem é a morada do Ser*.⁴⁸
Em sua *Carta sobre o humanismo*, Heidegger diz que:⁴⁹

Nós ainda estamos muito longe de pensar a essência do agir de maneira suficientemente decisiva.(...) A essência do agir é o levar a cabo. Levar a cabo significa: Desenvolver alguma coisa na plenitude de sua essência, conduzir até a essência, *producere*. Em sentido próprio, só pode ser levado a cabo, portanto, aquilo que já é. Mas o que “é”⁵⁰, antes de tudo, é o *ser*. O pensamento leva a cabo a relação entre o *ser* e a essência do homem. Ele não faz, nem produz essa relação. O pensamento se limita a oferecê-la ao *ser* como aquilo que a ele próprio foi doado pelo *ser*. Esse oferecer consiste no fato de o *ser* vir à linguagem no pensar. **A linguagem é a morada do *ser*.** Na habitação da linguagem mora o homem. Os pensadores e os poetas são os guardiões dessa morada. Sua vigília consiste

⁴⁷ RICOEUR. Op.cit.p.43

⁴⁸ Marcos do Caminho. Rio de Janeiro:Vozes, 2008.p.326/327.

⁴⁹ Marcos do Caminho. Rio de Janeiro:Vozes, 2008.p.326/327.

⁵⁰ Voltamos à questão original: O que significa dizer que algo “é”, “*ser*”, “*being*”?

em levar a cabo a manifestação do *ser*, na medida em que, por seu dizer, a levam à linguagem e nela a custodiam. O pensar não se converte em ação pelo fato de provir dele algum efeito ou por ser utilizado. O pensar age na medida em que pensa.

Lawrence Schmidt fala que a nova posição de Heidegger *é difícil de compreender, e bastante poética*. E nessa nova posição, segue Schmidt, os seres ainda vêm a ser no *aí (da)* de *Dasein*, mas agora o *aí* é chamado de *clareira da verdade do Ser*. Nesse novo caminho de Heidegger, *as coisas vêm a ser através da interação entre o Ser e os seres humanos onde o Ser é mais ativo, pela linguagem*. O próprio *Ser* existe através do tempo e condiciona ativamente, apesar de não determinar completamente o que virá a ser em momentos diferentes na história. Este condicionamento estabelece as épocas históricas do *Ser*. O *Ser* não determina completamente o que vem a ser porque ele necessita de seres humanos para responder ao seu condicionamento, o que Heidegger nomeou de *envio ou chamado do Ser*.⁵¹

Nessa fase madura, a linguagem ocupa, como dissemos, posição mais central, pois agora, a linguagem funciona como a *casa do ser*, é pela linguagem que os seres humanos interagem, a linguagem é o *meio* (Mitte) pelo qual o *ser* vem à presença. Heidegger usa o termo *Ereignis* (evento, acontecimento) para designar o evento ou acontecimento por meio do qual os seres vem a ser.

O pensar ocorre na linguagem, e não fora dela, é pela linguagem que se revela a verdade do *ser*.⁵²

*Na fala, o que se fala vem à presença, e, em certo sentido, a coisa já deve ter vindo a ser em seu presenciar para que possamos falar dela.*⁵³

*Nós falamos usando a linguagem que aprendemos, o que nos faz já estarmos em casa na linguagem, a linguagem, portanto, fala dizendo, mostrando.*⁵⁴

⁵¹ SCHMIDT. Lawrence K. Hermenêutica.p.123.

⁵² Falamos da linguagem dando sempre a impressão de estarmos falando *sobre* a linguagem quando, na verdade, é a partir da linguagem que falamos. Pois é na linguagem que a linguagem, sua essência, seu vigor se deixa dizer. Nenhuma coisa é onde falha a palavra. Uma coisa é somente onde a palavra não falha, e assim é. Mas se a palavra “é”, então ela também deve ser uma coisa, pois “coisa” significa tudo aquilo que de algum modo é. (Heidegger. A Caminho da Linguagem.p.148/149.)

⁵³ Nenhuma coisa é onde falta palavra. (HEIDEGGER.)

⁵⁴ SCHMIDT.Op.cit.p.131.

O compreender é algo que se explica pela linguagem, que manifesta esse algo, o compreender faz parte do *ser-no-mundo*. O acesso ao mundo-do-ser só se faz pela linguagem; linguagem é a totalidade, é a abertura para o mundo, é *condição de possibilidade*.

A preocupação de Heidegger, como mostrado, é *escutar o dizer do texto*, em oposição à interpretação psicológica, volta-se a superação da subjetividade do pensamento moderno.⁵⁵

O leitor perceberá certa proximidade entre a filosofia de Heidegger, principalmente em sua segunda fase, com o *segundo* Wittgenstein, que estudaremos a seguir.⁵⁶

Gadamer afirma que Wittgenstein procurou igualmente superar o subjetivismo reinante e proceder à crítica da metafísica, embora por caminhos próprios e autênticos, alcançando *algo similar* a Heidegger.⁵⁷

⁵⁵ GADAMER. Heidegger em retrospectiva.p.82.

⁵⁶ Como percebe Streck: *A partir das "Investigações Filosóficas", Wittgenstein passa a ser, ao lado de Heidegger, um dos mais ardorosos críticos da filosofia da subjetividade.*

⁵⁷ GADAMER. Hermenêutica em Retrospectiva. Rio de Janeiro:Vozes, 2012.p120.

Filosofia analítica e os jogos de linguagem de Wittgenstein

Ludwig Joseph Johann Wittgenstein, filósofo austríaco, foi um dos principais autores da viragem linguística⁵⁸ na filosofia do século XX, como nos diz Gadamer, *homens como Wittgenstein inverteram o ideal lógico de uma linguagem formal inequívoca, voltando-o para o interior da virada para uma linguagem realmente falada*.⁵⁹

O *Tractatus Logico-Philosophicus*⁶⁰, teve grande influência no desenvolvimento do chamado positivismo lógico e, também impulsionou outro movimento filosófico, a ‘filosofia da linguagem’.

Não é incomum dividirem seu pensamento em primeira e segunda fases, com recortes absolutamente definidos por suas duas grandes obras.

À primeira fase, pertence o *Tractatus Logico-Philosophicus*, livro em que Wittgenstein procura esclarecer as condições lógicas que o pensamento e a linguagem devem atender para poder representar o mundo. Essa etapa era anterior ao *linguistic turn*, ainda estava presa à busca pelo ideal lógico de uma linguagem perfeita.

À segunda fase, pertence o livro *Investigações Filosóficas*⁶¹, publicado postumamente em 1953. Nesse livro, Wittgenstein trata de tópicos similares aos do *Tractatus Logico-Philosophicus*, embora sob um modo de pensar totalmente diferente, em uma perspectiva absolutamente nova.

⁵⁸ *Linguistic Turn*, seria uma virada do ideal lógico de uma linguagem perfeita, para a linguagem viva, falada.

⁵⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva*. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.p.219.

⁶⁰ *Tractatus Logico-Philosophicus*. São Paulo: USP, 2017. O autor publicou ainda, em vida, o artigo: *Some Remarks on Logical Form*, ‘corrigindo’ erros do livro *Tractatus Logico-Philosophicus*.

⁶¹ *Investigações Filosóficas*. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

Esse é o momento que caracteriza o *linguistic turn* em sua filosofia, uma virada (*Kehren*) para a linguagem cotidiana, voltada para o uso.

5.1. (1º) Primeiro Wittgenstein

O objetivo imediato do *Tractatus Logico-Philosophicus* é explicar como a linguagem consegue representar o mundo, é uma teoria paradigmático/apodigmática.

No *Tractatus*, como o próprio título indica, o autor busca aproximar a lógica da filosofia, identificar uma relação recíproca entre as disciplinas, a caracterização filosófica do estatuto da lógica e, a caracterização lógica da filosofia, a ligação entre as estruturas essenciais do mundo (tarefa da filosofia) e as estruturas fundamentais da proposição (objeto da lógica).

O livro pretende, pois, traçar um limite para o pensar, ou melhor - não para o pensar, mas para a expressão dos pensamentos: a fim de traçar um limite para o pensar, deveríamos poder pensar os dois lados desse limite, deveríamos, portanto, poder pensar o que não pode ser pensado. Esse limite só poderá, pois, ser definido a partir da linguagem, o que estiver além desse limite será simplesmente um *contrassenso*.⁶²

A ideia seminal desenvolvida no *Tractatus* é a reflexão lógica sobre limites representativo da linguagem e, por consequência, do próprio pensamento. Portanto, a partir das *condições lógicas de possibilidade* de uma determinada representação preposicional há uma representação de algo e, o que pode ou não vir a ser objeto dessa representação. Em outros termos, a tarefa crítica é saber medir o grau de legitimidade das pretensões filosóficas com o arsenal propiciado por uma doutrina lógica da proposição. Wittgenstein intenta mostrar como uma proposição é capaz de representar um estado de coisas real ou possível.

Para Wittgenstein, as relações entre os elementos estruturais de uma proposição guardariam entre si, segundo um método de projeção adequado, as mesmas *relações lógicas* existentes entre os objetos que constituem o estado de coisas que se quer representar: “Um nome toma o lugar de uma coisa, um outro, o de uma outra coisa, e estão ligados entre si, e assim o todo representa - como um quadro vivo - o estado de coisas.”⁶³

⁶² Op. cit.p.125.

⁶³ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. São Paulo: USP, 2017.p.160, p.149 e p.138.

Representar na linguagem algo que “contradiga as leis lógicas” é tão pouco possível quanto representar na geometria, por meio de suas coordenadas, uma figura que contradiga as leis do espaço; ou dar as coordenadas de um ponto que não exista.⁶⁴

Toda a proposição, seria uma figuração do que representa, uma figuração lógica, correta ou incorreta, da realidade.

A proposição que possui sentido figura um modelo da realidade, como se vê em nas seguintes passagens: “A figuração é um modelo da realidade” e “A proposição é uma figuração da realidade. A proposição é um modelo da realidade tal como pensamos que seja”.⁶⁵

A realidade pode ou não corresponder a esse modelo figurado: “A realidade deve, por meio da proposição, ficar restrita a um sim ou não. Para tanto, deve ser completamente descrita por ela. A proposição é a descrição de um estado de coisas. Como a descrição de um objeto o descreve pelas propriedades externas que ele possui, a proposição descreve a realidade pelas propriedades internas que esta possui. A proposição constrói um mundo com a ajuda de uma armação lógica, e por isso pode-se muito bem ver na proposição com está, se ela for verdadeira, tudo que seja lógico. Podem-se tirar conclusões de um proposição falsa”.⁶⁶

Quando Wittgenstein diz que: *A realidade total é o mundo*, estaria definindo as próprias **condições ontológicas de possibilidade** da referida proposição examinada.

Assim sendo, para o autor, os estados de coisas possíveis delimitam o próprio espaço lógico, o conjunto das possibilidades fáticas onde se ‘revelam’ o sentido das proposições.

Wittgenstein estabelece as seguintes espécies de proposições:

As **proposições factuais**: proposições contingentes que figuram os fatos; seus valores de verdade (verdadeiro ou falso) dependem de uma confrontação com a realidade;

As **proposições tautológicas**: proposições complexas, necessariamente verdadeiras, mas destituídas de conteúdo descritivo;

As **proposições contraditórias**: proposições complexas, necessariamente falsas, e também destituídas de qualquer conteúdo descritivo.

⁶⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractus Logico-Philosophicus*. São Paulo: USP, 2017.p.141.

⁶⁵ Op.cit. p. 135 e 157.

⁶⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractus Logico-Philosophicus*. São Paulo: USP, 2017.p.159.

Embora as proposições lógicas não tenham um conteúdo descritivo, isto é, não tem por fim dizer nada sobre o mundo, elas mostram algo a respeito do mundo. De igual maneira, as proposições da metafísica clássica (como, por exemplo, “O *ser* sempre é”, “só se é sendo”) seriam tentativas infrutíferas de falar algo que não pode ser dito, mas apenas mostrado.

As proposições da ética são elaborações sem sentido ou apenas convenções comportamentais.

Em qualquer hipótese, tais proposições não atingem o que haveria de mais elementar na ética. Isso porque, o que é fundamental à ética só pode ser mostrado, não pode ser dito, e, dizia Wittgenstein que, ***o que se pode em geral dizer, pode-se dizer claramente; e sobre aquilo de que não se pode falar, deve-se calar.***⁶⁷

Was sich überhaupt sagen läßt, läßt sich klar sagen; und wovon man nicht reden kann, darüber muß man schweigen. (WITTGENSTEIN)

Esse modelo visa a construção de linguagens ideais. O rigor discursivo passa a ser o paradigma da ciência; sem rigor linguístico não há ciência; fazer ciência é traduzir numa linguagem rigorosa os dados do mundo, isto é, elaborar uma linguagem mais rigorosa que a linguagem natural. Sua preocupação é, pois, com a verdade dos enunciados. A verdade opera, assim, como condição de sentido, sendo que um enunciado não será semanticamente significativo se não for empiricamente verificável.⁶⁸

A linguagem é vista como reflexo, uma cópia, do mundo, sendo decisivo nessa forma de pensar, a estrutura ontológica do mundo que a linguagem pretende descrever.

A essência da linguagem, conforme diz Streck, *depende da estrutura ontológica do real, Wittgenstein parte da crença de que existe um mundo em si que nos é dado independentemente da linguagem, mas que a linguagem tem função de exprimir. Nessa fase, Wittgenstein trabalha com uma concepção instrumentalista-designativa-objetivista da linguagem, deixando-se guiar pelo ideal de uma linguagem perfeita, capaz de reproduzir com absoluta exatidão a*

⁶⁷ Op.cit.p.125. Ao decretar que as proposições sobre o místico, sobre Deus, sobre a ética, a moral e sobre a estética são todas absurdas do ponto de vista dos requisitos lógicos para a construção de proposições significativas, Wittgenstein não está descartando os “objetos” dessas proposições como coisas grotescas ou sem importância. Ao contrário, está sugerindo que a ética, a estética e a dimensão mística são transcendentais – não estão ao alcance de nossa linguagem. Desse modo, a melhor atitude em relação a essas coisas transcendentais seria a de manter um respeitoso silêncio.

⁶⁸ STRECK. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.p.162/163.

estrutura ontológica do mundo; a linguagem deveria ser a imagem fiel do real, e como a linguagem comum se manifesta cheia de imprecisões, indeterminações, etc., tratava-se, então, de conhecer uma linguagem ideal, que seria a medida de qualquer linguagem.⁶⁹

5.2. (2º) Segundo Wittgenstein

O segundo Wittgenstein na apresentação de seu livro, *Investigações Filosóficas*, diz que, teve que reconhecer graves erros apresentados em seu primeiro livro, *Tractatus Logico-Philosophicus*.⁷⁰

Na obra, *Investigações Filosóficas*, o autor avança em suas ideias enfrentando o problema filosófico da linguagem, tendo por escopo a linguagem real da vida cotidiana (*linguistic turn*).

A partir dessa fase, a preocupação é desvendar os diferentes usos da linguagem na vida habitual. Essa linguagem da vivência cotidiana, a *linguagem real*, que não se contenta apenas com as estruturas lógico formais, insensíveis às diferenças históricas, culturais e, à própria diversidade e complexidade humana, é, sim, uma linguagem que se mantém sempre em aberto, abertura para usos novos e jogos, em constante movimento, um processo contínuo (jogos de linguagem).

Wittgenstein parte da ideia, como nos diz Streck, de que não existe um mundo em si, que independa da linguagem; somente temos o mundo na linguagem. As coisas e as entidades se manifestam em seu ser precisamente na linguagem. A linguagem deixa de ser um instrumento de comunicação do conhecimento e passa a ser “condição de possibilidade” para a própria constituição do conhecimento.⁷¹

Nesse ponto há certa aproximação, entre Heidegger e o segundo Wittgenstein, no sentido de aproximação entre a linguagem e mundo real.

O segundo Wittgenstein parece ter colocado um fim na mística da linguagem ideal, rompe de forma definitiva com as teorias objetivistas (instrumentalista, descritiva).

“Não há essências. Não há relação entre os nomes e as coisas. Não há qualquer essência comum entre as coisas no mundo. Abandona-se o ideal da exatidão da linguagem, porque a linguagem é indeterminada.”

⁶⁹ STRECK. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.p.164.

⁷⁰ *Investigações Filosóficas*.p.12.

⁷¹ STRECK. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.p.164.

nada. O ideal da exatidão é um mito filosófico. Esse ideal de exatidão completamente desligado das situações concretas de uso carece de qualquer sentido, como se lê no §88 das *Investigações Filosóficas*, o que significa dizer que é impossível determinar a significação das palavras sem uma consideração do contexto fático social em que são usadas. A linguagem é sempre ambígua, pela razão de que suas expressões não possuem uma significação definitiva. Pretender exatidão linguística é cair numa ilusão metafísica”.⁷²

Esse contexto é chamado por Wittgenstein de formas de vida (prática do uso da linguagem), ou também *jogos de linguagem*, entendido, também, como a *totalidade formada pela linguagem e pelas atividades com as quais ela vem entrelaçada*.⁷³

A expressão jogos de linguagem indica que *falar uma língua é parte de uma atividade ou de uma forma de vida*, em constante movimento.⁷⁴

O significado de uma palavra é seu uso na linguagem.

A linguagem não seria um todo homogêneo, seria, sim, uma aglutinação de ‘linguagens’; mas haveria algo comum a essas ‘linguagens’?

Wittgenstein faz um paralelo entre a ideia de jogos de linguagem e a noção de jogos, faz uma analogia entre a noção de linguagem e a noção de jogo, diz que quando se tem em mente a ideia de *jogos*, logo fazemos referência a jogos de tabuleiro, jogos de carta, jogos de bola, jogos de combate etc. O que haveria de comum a todos esses jogos? Não se verá algum comum, dizia Wittgenstein, mas apenas *semelhanças*.⁷⁵

Há diversos tipos de jogos: jogos de tabuleiro, jogos de cartas, competições esportivas, etc. Mas não há uma essência dos jogos. Um jogo de cartas apresenta semelhanças com os jogos de tabuleiros, mas também muitas diferenças; se compararmos esses últimos com os jogos de bola, surgirão outras semelhanças e outras se perderão, o que há é uma sobreposição de traços que Wittgenstein chama de semelhança de família. Numa família, alguns partilham a mesma cor do cabelo, outros partilham a mesma estatura, outros o tom de voz, etc. Mas geralmente não há característica que esteja presente em todos os membros da família. O mesmo ocorre com o conceito de “jogo”.

É comum chamarmos práticas muito diferentes de “jogo”, não porque exista uma definição precisa que esteja implícita em todas as

⁷² STRECK. *Ibidem*.p.165.

⁷³ WITTGENSTEIN. *Investigações Filosóficas*. p19.

⁷⁴ WITTGENSTEIN. *Investigações Filosóficas*. p.27.

⁷⁵ WITTGENSTEIN. *Investigações Filosóficas*. p.51/52.

aplicações do termo, mas porque essas práticas distintas manifestam *semelhança de família*. Analogamente, as diversas práticas linguísticas são reunidas sob a denominação de “linguagem” em virtude de suas semelhanças de família. Nessa linha de aproximação entre linguagem e jogo, Wittgenstein chama os segmentos heterogêneos da linguagem, com suas regras, convenções e finalidades próprias, de jogos de linguagem (*Chamarei de jogos de linguagem também a totalidade formada pela linguagem e pelas atividades com as quais ela vem entrelaçada*).⁷⁶

O significado de um texto, de uma palavra, agora, já não depende de especulações metafísicas, ou definições a priori, ele surge a partir de um contexto determinado, da compreensão de seu uso a partir da ‘partilha de uma forma de vida’, nessa linha de pensar, uma mesma expressão linguística poderá ter sentido diverso a depender de seu uso, não dependendo apenas de sua estrutura lógico/formal (gramatical), com isso, a linguagem se aproxima da própria dinâmica da vida.

Nessa dinâmica, os jogos de linguagem são múltiplos e variados, e atendem à finalidades diversas: às vezes empregamos a linguagem para dar ordens, às vezes para pedir desculpas, outras vezes para fazer piadas etc., deduzir que a função principal da linguagem seja descrever ou representar os fatos é uma generalização precipitada, é fruto do equívoco de se tomar um jogo de linguagem específico como paradigma geral.⁷⁷

O significado de uma palavra é estabelecido pelo uso que se faz da mesma num determinado jogo de linguagem.⁷⁸

As ocorrências mentais ou psicológicas que acompanham, antecedem ou sucedem o proferimento de uma expressão linguística são irrelevantes para a constituição do seu significado. *O que interessa saber é o que o falante ou ouvinte faz com essa expressão.*

Desse modo, a ideia de uma linguagem privada seria incoerente, pois a linguagem é antes de tudo uma prática pública, e suas regras e convenções devem estar à disposição de qualquer falante. Se um indivíduo tentasse criar uma *private language* – imaginemos que ele tentasse, por exemplo, vincular determinados sinais a fatos mentais privados, os quais ninguém tem acesso; esse conjunto de signos linguísticos, de acordo com as ideias desenvolvidas, não caracteriza uma linguagem em sentido estrito.

⁷⁶ Op.cit.p.51/52 e p.19.

⁷⁷ Investigações Filosóficas. Rio de Janeiro:Vozes, 2014. p.27.

⁷⁸ Op.cit.p. 38.

O que diferencia um sinal linguístico de um mero ruído ou de um simples rabisco é a *sua sujeição a um padrão de correção*; mas não se pode construir padrões de correção para sinais associados a ‘objetos’ que, supostamente, só o falante de uma linguagem privada teria acesso.⁷⁹

Logo, a conclusão é que um termo assume significado à medida que encontra um lugar numa determinada prática e seu emprego passa a ser controlado por regras públicas de correção. O jogo do qual faz parte está inserido na realidade prática e social da comunidade dos falantes (compartilhada).

Wittgenstein afirma que: *Quando os filósofos usam uma palavra - ‘saber’, ‘ser’, ‘objeto’, ‘eu’, ‘proposição’, ‘nome’ - e almejam apreender a essência da coisa, devem sempre se perguntar: esta palavra é realmente sempre usada assim na linguagem na qual tem o seu torrão natal?*

Nós conduzimos as palavras do seu emprego metafísico de volta ao seu emprego cotidiano.⁸⁰

Há um chamado à dimensão pragmática como forma de se resolver os problemas da semântica, superando a metafísica prevalecente.

A linguagem, tal como apresentada no livro *Investigações Filosóficas*, deixa de ser um mero veículo de informações para converter-se numa atividade *deeply rooted* no contexto social e nas necessidades e aspirações humanas, imprescindível a ligação entre realidade e linguagem como forma de acesso ao sentido, o que só ocorre dentro de um contexto compartilhado.

Assim, é pela experiência comum que se define o significado das palavras, em concreto.

A literalidade não mais atende à dinâmica da linguagem, que é, pela própria natureza, polissêmica, o sentidos são obtidos a partir dessa troca, que envolve *acordo* de significados e *acordo* de juízos; as palavras não são *tags* que simplesmente são coladas às coisas.

Como havíamos indicado ao final do estudo dedicado a Heidegger, é possível visualizar pontos de contato entre a filosofia de Heidegger (principalmente em sua segunda fase), com o *Segundo Wittgenstein*, como nota Gianni Vattimo, quando diz que, *Wittgenstein, embora não fosse exatamente um amigo de Heidegger - não acho que Heidegger o tenha lido alguma vez - afirmou certa vez que, por exemplo, se alguém me apresenta um cálculo que dá resultados diferentes dos meus, posso sempre perguntar se é*

⁷⁹ Investigações Filosóficas. Rio de Janeiro: Vozes, 2014. p.127/128.

⁸⁰ Investigações Filosóficas. Rio de Janeiro: Vozes, 2014. p.72.

*o cálculo que está equivocado, ou se está aplicando uma linguagem matemática diferente, podemos, paralelo e na convergência do pensamento de Heidegger, admitir a ideia de interpretação, contextualizada.*⁸¹

Não significa admitir que, incorporado a ideia de interpretação tudo se aceita, tudo cabe, e cada um pode afirmar o que bem entender; não há uma linguagem, como mostrado por Wittgenstein, estritamente privada, toda linguagem é um jogo, que possui suas regras, compartilhada.

*Os jogos de linguagem são modos de ligar estritamente a experiência da verdade à abertura preliminar de um horizonte que funciona somente quando partilhado.*⁸²

⁸¹ VATTIMO, Gianni. Adeus à Verdade. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.p.76.

⁸² VATTIMO, Gianni. Adeus à Verdade. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.p.132.

Hermenêutica filosófica de Gadamer⁸³

Hans-George Gadamer, filósofo alemão, é tido como um dos maiores expoentes do estudo da hermenêutica. Sua obra *Wahrheit und Methode* é referência mundial, e foi nela que Gadamer apresentou sua filosofia hermenêutica, sua *Hermenêutica Filosófica*.

Gadamer foi aluno de Paul Natorp e Nicolai Hartmann, em Marburgo, e, foi através de Natorp que Gadamer teve o primeiro contato com os escritos do jovem Heidegger, a partir da leitura do manuscrito de Heidegger “*Interpretações de Aristóteles*”; seu contato pessoal com o *Mágico de Messkirch* se deu após seu doutoramento, no ano de 1923, em Freiburg, no pós-doutoramento.⁸⁴

Foi Heidegger quem exerceu maior influência sobre Gadamer.

Tendo por base a filosofia de Heidegger, Gadamer avança na construção de sua teoria hermenêutica, sua *Hermenêutica Filosófica*, ultrapassa a ontologia e fenomenologia do ser, em busca de uma ontologia da linguagem.

Diz Gadamer que a determinação lingüística é o elemento no qual vivemos e, por isso, a linguagem não é tanto objeto - qualquer que seja sua conjuntura natural ou científica -, mas muito antes a realização de nosso ser-aí, do “aí” que nós somos.⁸⁵

⁸³ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. Rio de Janeiro: Vozes, 2015.

_____. Hermenêutica em Retrospectiva. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

_____. Hegel, Husserl e Heidegger. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

⁸⁴ GADAMER. Hermenêutica em Retrospectiva. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p.12/13. “Como aluno de Heidegger, eu não era nenhum seguidor por ele reconhecido de suas ideias. Aprendi muito com ele e absorvi muito dele. No entanto, ele costumava dizer mais tarde com frequência: *O senhor com o seu mestre Natorp!*” (Op.cit.p.125)

⁸⁵ *Idem supra*. p.118.

Gadamer assume que, seu ponto de partida em busca de uma teoria própria surge com Heidegger, principalmente o *segundo Heidegger*, quando diz que, *a partir da visão do Heidegger tardio, eu mesmo articulei minha própria contribuição à filosofia*.⁸⁶

A linguagem é compreendida como *compartilhamento, participação, uma possibilidade de ter parte em...na qual um sujeito não se encontra contraposto a um mundo de objetos*.

Quando falamos uns com os outros, quando buscamos uns para os outros e para nós mesmos as palavras, quando experimentamos as palavras que conduzem a uma linguagem comum e que formam uma tal linguagem, nós nos empenhamos por compreender a nós mesmos - e isso sempre significa: tudo, mundo e homem; e isso por mais que seja possível que não nos compreendamos propriamente de modo algum uns aos outros.⁸⁷

Essa reflexão vale para a realização da vida prática, não é necessário que acontece pela palavra. A relação *um-com-o-outro* que constitui nosso *ser-sobre-o-mundo* começa muito antes de nosso crescimento em meio à língua materna - e só começa naturalmente de modo próprio quando nos valem de línguas estrangeiras nas quais buscamos nos entender com aqueles que falam outras línguas. Mas mesmo quando se trata de um entendimento sem palavras, a enunciação de um pedido de desculpas, por exemplo, ou a enunciação do próprio perdão podem significar menos do que o respectivo silêncio sem palavras. Como quer que seja, precisa haver uma realização da convivência que só se preenche em um outro. É isso que constitui a lida dos homens. Em um sentido particular, essa lida consoma-se em um *diálogo*, que não quer nem busca outra coisa senão compartilhar o próprio ponto de vista com o outro ou medir o próprio ponto de vista junto ao ponto de vista do outro e colocar o próprio ponto de vista à prova junto à resposta do outro.⁸⁸

Nesse diálogo, a própria resposta impele para a palavra, como dizia Heidegger, *Die Sprache spricht (a linguagem fala)*, não indica o fato da linguagem “falar alguma coisa”, mas sim, significa antes o fato de “a linguagem se fazer linguagem”.

⁸⁶ GADAMER. *Hermenêutica em Retrospectiva*. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p.118.

⁸⁷ GADAMER. *Hermenêutica em Retrospectiva*. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p.118/119.

⁸⁸ GADAMER. *Hermenêutica em Retrospectiva*. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p.119.

A hermenêutica retém uma experiência e não é nenhum método de constatar o sentido “correto”, como se esse sentido pudesse ser algum dia alcançado desse modo.⁸⁹

Assim entendido, é intuitivo que o contexto projeta as condições de possibilidade interpretativas de um texto, *um texto continua sempre a ser dependente do contexto*.⁹⁰

Gadamer fala em *linguistic turn* quando se supera o ideal lógico de uma linguagem formal e inequívoca, voltando a análise para a linguagem realmente falada, integrada ao contexto da ação, compartilhada.⁹¹

Vejamos como Gadamer sintetiza a experiência no âmbito da linguagem:

*Mesmo no outro e no diverso pode-se realizar um espécie de encontro consigo mesmo. Mais urgente do que nunca, porém, se tornou a tarefa de aprender a reconhecer no outro e na alteridade o comum. Em nosso mundo que está se agrupando de maneira cada vez mais estreita, culturas, religiões, hábitos e avaliações profundamente diversos estão entrando em contato. Seria uma ilusão achar que só um sistema racional de utilidade, por assim dizer, uma espécie de religião da economia mundial, poderia regular a convivência humana sobre esse planeta que está se tornando cada vez mais estreito. A ciência do homem sabe que se exige cada vez mais do homem uma virtude política, assim como a ciência exigiu desde sempre uma virtude humana. O mesmo vale em face da pluralidade de línguas. Também nesse caso somos confrontados no âmbito da realização pensante de nossa experiência com a pluralidade de outras línguas e não deveríamos acreditar que seria a nossa tarefa e nosso privilégio impor aos outros os questionamentos que cresceram a partir de nossa experiência de vida e que estão sedimentados em nossa experiência linguística. Também aí, até o cerne do pensamento conceitual, precisaremos tomar sob nossa égide o diálogo entre línguas e entre possibilidades de compreensão (verstehen) que estão estabelecidas em todas as línguas. A ciência do homem, em toda sua multiplicidade, tornou-se para nós todos uma tarefa ética e filosófica.*⁹²

Sua hermenêutica também se apropria em certa medida da dialética de Hegel, Gadamer concebe sua hermenêutica dialética com a superação

⁸⁹ GADAMER. *Hermenêutica em Retrospectiva*. Rio de Janeiro: Vozes, 2012, p.149.

⁹⁰ GADAMER. *Hermenêutica em Retrospectiva*. Rio de Janeiro: Vozes, 2012, p.178.

⁹¹ GADAMER. *Hermenêutica em Retrospectiva*. Rio de Janeiro: Vozes, 2012, p.219/220.

⁹² GADAMER. *Hermenêutica em Retrospectiva*. Rio de Janeiro: Vozes, 2012, p.253

dos métodos e fundada na ideia de compreensão e interpretação pelo distanciamento temporal, que põe fim à tensão entre presente, passado e futuro, numa crítica ao conceito histórico comum, na tentativa de melhor compreender o autor e reconstruir o passado.

Gadamer enfatiza, como fala Peixinho,⁹³ o conceito histórico e dialético da experiência, em que conhecer não é simplesmente um fluxo de percepções, mas um acontecimento, um evento (*Ereignis*), um encontro. Para Hegel, a experiência é o produto do encontro da consciência com o objeto, já para Gadamer, na linha de Heidegger, a experiência tem sua realização dialética não no conhecimento, mas na abertura à experiência e aí ocorre a compreensão.

A nova hermenêutica de Gadamer tem por escopo desprender a hermenêutica das amarras estéticas e históricas, ultrapassando Schleiermacher e Dilthey, vota-se, na linha de Heidegger, à análise da experiência humana, questionando a totalidade do existente humano (do *ser*) e sua inserção no mundo, é, portanto, através da linguagem que se tem acesso ao mundo e seus objetos.

A linguagem, então, é totalidade; é abertura para o mundo; é, enfim, condição de possibilidade.

Ser que pode ser compreendido é a linguagem (Sein, das verstanden kann, ist Sprache), partindo dessa premissa heideggariana, como anota Streck, a linguagem não seria uma terceira coisa que se interpõe entre sujeito e objeto, não há mais espaço para dicotômica relação epistemológica sujeito-objeto.⁹⁴

A linguagem é a totalidade, no interior da qual o homem se localiza e age.

Sendo a própria existência um ato de compreender e interpretar, quando já me vejo jogado em um mundo meu ponto de partida não será o nada, por essa razão, Gadamer fala que a interpretação vai trabalhar com conceitos prévios, *pré-conceitos*, que são constantemente submetidos a uma análise crítica de destruição e construção, sendo progressivamente aperfeiçoados por outros mais adequados.

O ponto de partida hermenêutico é o *ser-á* histórico, a história é a condição prévia de possibilidade de *ser-em*, não havendo oposição entre *ser* e *objeto*, mas uma fusão a partir de sua própria condição histórica.

Gadamer restabelece o “poder” da *tradição*, não como algo que se impõem pela força, mas algo que nos é dado como *ser-jogado* e, não

⁹³ PEIXINHO, Manoel Messias. A Interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.p.9/10.

⁹⁴ STRECK. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.p.202/203.

pode por nós ser negado, significa entender a tradição em um diálogo em que se transmite o que já foi e vem até nós pela linguagem. Tradição é transmissão.

Lenio mostra que, em Gadamer, a tradição não é um simples acontecer que se possa conhecer e dominar pela experiência, sendo que é linguagem, isto é, a tradição fala por si mesma. O transmitido, continua, mostra novos aspectos significativos em virtude da continuação histórica do acontecer. Através de sua atualização na compreensão, os textos integram-se em um autêntico acontecer. Toda a atualização na compreensão pode entender a si mesma como uma possibilidade histórica do compreendido. Para nossa experiência hermenêutica, é inquestionável que a obra mesma é a que desdobra sua plenitude de sentido na medida em que vai transformando sua compreensão. A história é, portanto, uma; seu significado é que segue se autodeterminando de forma incessante.⁹⁵

Gadamer alerta que, *a redução hermenêutica à opinião do autor, como em Schleiermacher, é tão inadequada como a redução dos acontecimentos históricos à intenção dos que neles atuam, como em Dilthey.*

Gadamer se propõem a oferecer uma justificação filosófica para a experiência da verdade.

Como vimos, o intérprete já se encontra *jogado em um mundo*, é um ser historicamente situado, não pode, portanto, *escapar* dessa condição (desse círculo hermenêutico) em busca de uma reflexão objetiva, metodologicamente justificada.

Compreender parte do entendimento da própria situação histórica em que está inserido o texto e o intérprete; a *tradição*, enquanto linguagem herdada, oferece uma antecipação de sentidos, de significados, enquanto o intérprete, por meio de análise crítica, continua a *construir* a tradição.

A antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato de subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição, mas, essa relação com a tradição, essa comunhão, é concebida como *um processo em contínua formação*. O círculo da compreensão não é metodológico, mas antes, um momento estrutural ontológico da compreensão.⁹⁶

⁹⁵ STRECK. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.p.207.

⁹⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Rio de Janeiro: Vozes, 2015.p.388.

O passado influencia a compreensão, pois, já herdamos um conjunto de preconceitos que dirigem de forma inicial nossa própria compreensão e, ao abrigarmos e preservarmos esses conceitos nós os transmitimos para o futuro. A *história-efeitual* (*Wirkungsgeschichte*) implica reconhecer que os efeitos da história operam em toda compreensão, estejamos ou não cientes disso.

Essa *consciência da história efeitual* é antes, consciência da situação hermenêutica, a história me precede e se antecipa à própria reflexão do intérprete, *pertencendo à história antes de pertencer a mim mesmo*.⁹⁷

Essa *teia* de influências implica uma reflexão sobre ter consciência de ser afetado pela história e sua ação, à essa reflexão Gadamer chama de *wirkungsgeschitliches Bewusstsein* (consciência-da-história-dos-efeitos).

O tornar-se consciente de uma situação reveste-se de dificuldades próprias, pois, o conceito de situação não indica estarmos diante dela, e portanto, dispomos de um conhecimento objetivo sobre ela. É antes um se entender nela. O compreender uma tradição requer um *horizonte histórico*, implica compreender o *horizonte histórico* do objeto de análise.⁹⁸

O termo *horizonte*, usado por Gadamer, indica nossa própria situação hermenêutica, é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto.

Aplicado o conceito de *horizonte* ao pensar, podemos falar em *estreiteza do horizonte*, da *possibilidade de ampliar o horizonte*, da *abertura de novos horizontes etc.*

É nessa mediação entre *passado* e *presente* que ocorre o acontecer da interpretação, o *horizonte do presente* está em constante formação, na medida em que constantemente somos obrigados a por à prova o que herdamos da tradição, do *horizonte passado*, não significa com isso, que se trate de mundos estranhos, que nada tem a ver com o nosso; mas antes, todos eles formam um *grande horizonte*, trata-se de um único horizonte que engloba tudo quanto a consciência histórica contém em si. O nosso próprio passado e o dos outros, ao qual se volta a consciência histórica, faz parte do *horizonte móvel* a partir do qual vive a vida humana.

O compreender é sempre um processo de *Horizont-verschmelzung* (*fusão de horizontes*), presumivelmente dados por si mesmos.

⁹⁷ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. Rio de Janeiro: Vozes, 2015. p.399. RICOEUR, PAUL. Hermenêutica e Ideologias. Rio de Janeiro: Vozes, 2013. p.47/48.

⁹⁸ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. Rio de Janeiro: Vozes, 2015. p.403.

Ricoeur diz que, *devemos a Gadamer essa ideia fecunda segundo a qual a comunicação à distância entre duas consciências diferentemente situadas faz-se em favor da fusão de horizontes, vale dizer, se faz pela dialética da participação e do distanciamento.*⁹⁹

Significa dizer que não vivemos em horizontes fechados, assim como cada um jamais é um indivíduo solitário, pois, estamos sempre nos compreendendo com os outros. A mobilidade histórica da existência humana pressupõe não existir uma vinculação absoluta a uma determinada posição, no sentido de jamais haver um *horizonte* verdadeiramente fechado, horizonte é antes, algo no qual trilhamos nosso caminho e que conosco faz o caminho.¹⁰⁰

Na medida que se exclui a ideia de horizontes fechados e de um saber único, nos deparamos com uma tensão inerente a ideia de *próprio* e *estranho*, de próximo e longínquo; todo encontro com a tradição realizado com base na consciência histórica (*wirkungsgeschitliches Bewusstsein*) implica uma relação de *tensão entre texto e presente*. Por essa razão o comportamento hermenêutico está obrigado a projetar um *horizonte* que se diferencie do presente, pois, a *wirkungsgeschitliches Bewusstsein* tem consciência de sua própria alteridade e por isso destaca o horizonte da tradição de seu próprio horizonte.

Diz o mestre alemão que, a tarefa hermenêutica consiste em não ocultar essa tensão dialética, mas sim desenvolvê-la conscientemente, o que se faz pela consciência dos efeitos históricos (consciência-histórico-efeitual).

A hermenêutica de Gadamer, como diz Streck, *deixa de ser metódica e normativa para ser filosófica, e, a linguagem deixa de ser instrumento e veículo de conceitos - deixando de estar à disposição do intérprete - para ser a condição de possibilidade da manifestação do sentido.*¹⁰¹

Essa realização controlada da *fusão de horizontes* se faz pela (*vigília*) *consciência-histórico-efeitual*.

Assim entendido, não há cisão entre *compreender*, *interpretar* e *aplicar*, esses três momentos *perfazem o modo de realização da compreensão*, rompendo, definitivamente com a visão clássica, que cindia a atividade hermenêutica em três: (1º) *subtilitas intelligendi* (compreensão); (2º) *subtilitas explicandi* (interpretação) e; (3º) *subtilitas applicandi* (aplicação).

⁹⁹ RICOEUR, PAUL. *Hermenêutica e Ideologias*. Rio de Janeiro: Vozes, 2013. p.49.

¹⁰⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Rio de Janeiro: Vozes, 2015. p.402.

¹⁰¹ STRECK. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.212.

Na compreensão sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete; a *aplicação*, portanto, é um momento essencial e integrante do *processo hermenêutico* como a *compreensão* e a *interpretação*.¹⁰²

Compreender é sempre aplicar. (Gadamer)

Podemos afirmar que o processo hermenêutico é sempre *produtivo*, interpretar um texto jurídico já é aplicar, não há cisão, mas um processo unitário.¹⁰³

Diz Streck que, nesse ponto reside *o maior contributo de Gadamer à hermenêutica jurídica*.

A *hermenêutica jurídica* não é um caso excepcional, ela está em condições de recordar em si mesma o autêntico procedimento das ciências do espírito, na dialética entre passado e presente, pois, *quando um juiz adapta a lei transmitida às necessidades do presente, quer certamente resolver uma tarefa prática*, o que não quer dizer que sua interpretação seja ou possa ser uma tradução arbitrária, mas antes, compreender, interpretar e aplicar, significa conhecer e reconhecer um sentido vigente, onde o juiz procura intermediar essa relação passada do texto com o presente, ressaltando seu significado jurídico, e não histórico.

Como mostrado, a *pertença à tradição* é uma das condições para a compreensão, e, portanto, a *pertença* do intérprete ao seu texto é como a *pertença* do ponto de vista na perspectiva que se dá num quadro, diz Gadamer.¹⁰⁴

Assim entendido, aquele que compreende não escolhe de forma arbitrária um ponto de vista, mas já se encontra em um lugar fixado de antemão, logo, para falarmos em uma hermenêutica jurídica, nesse sentido, é essencial que a lei vincule por igual a todos os membros de uma comunidade jurídica, quando isso não acontece, por exemplo, nos casos de absolutismo, onde um soberano impõem sua vontade acima da lei, não haverá hermenêutica alguma, pois poderá o chefe supremo explicar suas palavras sem qualquer limitação, mesmo contra o que se abre no texto como condição de possibilidade.

A tarefa do juiz, portanto, é *concretizar a lei, aplicar (applicatio)*.

¹⁰² GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. Rio de Janeiro: Vozes, 2015. p. 407.

¹⁰³ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. Rio de Janeiro: Vozes, 2015. p. 409.

¹⁰⁴ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. Rio de Janeiro: Vozes, 2015. p. 409. p. 430/433.

A complementação *produtiva* do Direito é conferida aos juízes, ao Poder Judiciário, *mas este encontra-se sujeito à lei como qualquer outro membro da comunidade jurídica*, pois, a idéia de uma ordem jurídica implica que a sentença do juiz não surja do nada, de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma reflexão, justamente do conjunto, que se abre nas condições de possibilidade de cada sistema jurídico para cada sistema jurídico.

Não é por outra razão que falamos em segurança jurídica no âmbito de um Estado Democrático de Direito, ou seja, *podemos ter uma ideia daquilo com que estamos às voltas*.¹⁰⁵

A hermenêutica jurídica é uma atividade produtiva, não no sentido arbitrário, mas sim pela fusão de horizontes em que se dá a *atribuição de sentido* (*Sinngebung*).

Gadamer conclui que:

O que há de verdadeiramente comum a todas as formas de hermenêutica é que o sentido que se deve compreender somente se concretiza e se completa na interpretação. Mas de certo modo, essa ação interpretadora se mantém ligada ao sentido do texto. Nem o jurista nem o teólogo consideram a tarefa de aplicação como uma liberdade frente ao texto.¹⁰⁶

A linguagem, que permite que algo venha à fala, não é uma posse à disposição de um ou outro interlocutor, ou no sentido defendido por Wittgenstein, não há uma *private language*, pois, toda conversação pressupõe uma linguagem comum. Quando não se tem concordância quanto aos limites semânticos da linguagem não se tem comunicação.

A linguagem é o *medium* (Mitte) da experiência hermenêutica.

O modelo defendido por Gadamer para compreensão se assemelha a um diálogo, o intérprete deve escutar o que o texto, enquanto parte de uma tradição, tem a dizer, esse *diálogo se faz por meio de perguntas e respostas*, uma pergunta já coloca em questão o que é perguntado, assim sendo, cada pergunta tem um horizonte próprio, e para fazer a pergunta correta ela deve ser formulada no horizonte correto, para que o *indeterminado* pelo qual se pergunte venha ao encontro, seja exposto, sob pena de chegarmos a conclusões hermenêuticas incorretas.

Ao interpretar um texto, o intérprete deve fazer com que o texto fale como outra pessoa em um diálogo consigo. A compreensão é o

¹⁰⁵ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. Rio de Janeiro: Vozes, 2015.p.409.p.433.

¹⁰⁶ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. Rio de Janeiro: Vozes, 2015.p.409.p.436.

resultado desse diálogo pela fusão de horizontes (*Horizont-verschmelzung*), a compreensão é o *evento* da fusão de horizontes.

A *verdade* não se alcança por qualquer método, Ricoeur, de forma precisa e atenta, diz que o próprio título da principal obra de Gadamer, *Wahrheit und Methode* (Verdade e Método), ficaria melhor se intitulada, *Verdade ou Método*, pois já indica uma oposição entre o conceito heideggariano de *verdade* com o conceito diltheyano de *método*.¹⁰⁷

Gadamer, encerrando sua obra, destaca o *aspecto universal de sua hermenêutica*.¹⁰⁸

A linguagem é um meio (Mitte) em que se reúnem o eu e o mundo, ou melhor, em que ambos aparecem em sua unidade originária. O modo como esse meio especulativo da linguagem se apresenta como um acontecer finito, frente à mediação dialética do conceito. A linguagem mostrou possuir uma estrutura especulativa, que não consiste em ser cópia de algo dado de modo fixo, mas em um vir-à-fala, onde se enuncia um todo de sentido. Aproximando-se da dialética antiga, uma vez que também nessa não se dava uma atividade metodológica do sujeito. Dava-se, antes, um fazer da própria coisa, um fazer que o pensamento padece. Esse fazer da própria coisa é o verdadeiro movimento especulativo que capta o falante. Rastreando seu reflexo subjetivo no falar. A ideia de fazer da própria coisa o sentido que vem-à-fala, já aponta para uma estrutura ontológica universal, a saber, para a constituição de tudo aquilo a que a compreensão pode se voltar. O ser que pode ser compreendido é linguagem. O fenômeno hermenêutico tem na constituição ontológica do compreendido sua universalidade, num sentido universal, como linguagem, e determina sua própria referência ao ente como interpretação.

¹⁰⁷ RICOEUR, PAUL. *Hermenêutica e Ideologias*. Rio de Janeiro: Vozes, 2013. p.47.

¹⁰⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Rio de Janeiro: Vozes, 2015. p.409. p.612.

Hermenêutica e ideologias de ricoeur

Paul Ricoeur foi um dos maiores filósofos e pensadores franceses, era seguidor da fenomenologia, tendo desenvolvido grande parte de seus escritos sobre *hermenêutica*.

Em seu artigo Tarefa da Hermenêutica (1973),¹⁰⁹ Ricoeur faz uma análise da história da hermenêutica, de Schleiermacher a Gadamer, expondo de forma crítica o que entende como válido ou não em cada teoria, para então apresentar suas propostas.

Ricoeur aponta duas questões fundamentais que tem dominado os debates sobre hermenêutica.

Diz que a primeira preocupação visa ampliar o alcance da hermenêutica, de uma hermenêutica regional para uma hermenêutica universal. Esse movimento de *desregionalização* não pode ser levado a bom termo sem que, ao mesmo tempo, as preocupações propriamente *epistemológicas* da hermenêutica, ou seja, seu esforço para constituir-se em um saber de reputação científica, estejam subordinadas a preocupações ontológicas segundo as quais *compreender* deixa de aparecer como simples modo de *conhecer* para tornar-se uma *maneira de ser* e relacionar-se com os seres e o ser. O movimento de *desregionalização* se faz acompanhar, pois, de um movimento de *radicalização*, pelo qual a hermenêutica se torna, não somente *geral*, mas *fundamental*.¹¹⁰

O *primeiro lugar* da interpretação é a linguagem, mais precisamente a linguagem escrita, diz Ricoeur, importa reconhecer os contornos desse *primeiro lugar*. O ponto de partida deve ser um exame, um trabalho de interpretação, no nível mais elementar da conversação.

¹⁰⁹ RICOEUR, PAUL. *Hermenêutica e Ideologias*. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.

¹¹⁰ RICOEUR, PAUL. *Hermenêutica e Ideologias*. Rio de Janeiro: Vozes, 2013. p.24.

A polissemia, este traço de nossas palavras de terem mais de um significado quando as consideramos fora de seu uso em determinado contexto. Interessa, no presente momento, é que a polissemia das palavras recorre, em contrapartida, ao papel seletivo dos contextos relativamente à determinação do valor atual que adquirem as palavras numa mensagem determinada, veiculada por um locutor preciso a um ouvinte que se encontra em uma situação particular. A sensibilidade ao contexto é o complemento necessário e a contrapartida inelutável da polissemia.¹¹¹

Segue o filósofo francês:

O manejo do contexto, por sua vez, põe em jogo uma atividade de discernimento que se exerce numa permuta concreta de mensagens entre interlocutores, tendo por modelo o jogo da questão e da resposta.¹¹²

Essa atividade de discernimento é, propriamente, a interpretação: consiste em reconhecer qual a mensagem relativamente unívoca que o locutor construiu apoiado na base polissêmica do léxico comum.

Produzir um discurso relativamente unívoco com palavras polissêmicas, identificar essa intenção de univocidade na recepção da mensagem, eis o primeiro e mais elementar trabalho da interpretação.

Com a escrita, diga-se de forma provisória, não se preenche mais as condições da interpretação direta mediante o jogo, a dialética, da questão e da resposta, por conseguinte através do diálogo. São necessárias, então, técnicas específicas para se elevar ao nível do discurso a cadeia dos sinais escritos e discernir a mensagem através das codificações superpostas, próprias à efetuação do discurso como texto.¹¹³

O autor francês aponta em Schleiermacher o verdadeiro movimento de universalização (*desregionalização*) da hermenêutica.

Destaca em Schleiermacher as técnicas de interpretação *gramatical* e *psicológica (divinal)*, na primeira, reconhece seu potencial crítico, embora limitado, quando diz que, a interpretação gramatical se apoia nos caracteres do discurso que são comuns a uma cultura, tem caráter objetivo, pois, *versa sobre os caracteres linguísticos distintos do autor*, é também *negativa*, pois indica simplesmente os limites da compreensão. Seu valor

¹¹¹ As ideias de Ricoeur convergem com o pensamento de Wittgenstein e Heidegger, nesse ponto.

¹¹² Aqui percebemos uma aproximação com os “jogos de linguagem” e com a “fusão de horizontes, respectivamente Wittgenstein e Gadamer.

¹¹³ RICOEUR, PAUL. *Hermenêutica e Ideologias*. Rio de Janeiro: Vozes, 2013. p.24/25.

crítico é limitado, como dito, pois refere-se apenas aos erros relativos ao sentido das palavras.¹¹⁴

Já a interpretação *psicológica (divinatória)*, apoia-se na singularidade (ou até genialidade) da mensagem do autor.

Nessa segunda técnica é que se realiza o projeto mesmo de uma hermenêutica. Cuida-se de alcançar a subjetividade daquele que fala, ficando a língua esquecida, a linguagem, aqui, está a serviço da individualidade, podendo ser chamada de *positiva*, pois, atinge o ato de pensamento que produz o discurso.

Ricoeur aponta que o uso de uma técnica (gramatical) excluiria a outra (divinatória):

Se as duas técnicas possuem direitos iguais, não podem ser praticadas ao mesmo tempo, pois, ao considerar os aspectos comuns da linguagem se esquece o autor; já compreender a singularidade da obra do autor é esquecer sua língua que é apenas atravessada. Ou percebemos o que é comum, ou então percebemos o que é próprio.

Portanto, uma técnica exclui a outra, e, cada qual exige talentos distintos, como revelam os excessos de ambas. O excesso da primeira (gramatical) gera pedantismos; o da segunda, a nebulosidade.¹¹⁵

Na interpretação *psicológica*, diz Ricoeur, é que se daria o projeto hermenêutico propriamente, tendo Schleiermacher, em seus textos maduros, focado nessa técnica, que adquire no trabalho do autor maior importância em relação à primeira, a interpretação gramatical.

A interpretação *divinatória* envolve uma análise relativa a *afinidade com o autor* e, também, implica um exame crítico *comparativo*, uma atividade de comparação, pois, *uma individualidade só pode ser apreendida por comparação e por contraste*. Comporta elementos técnicos e discursivos.

Assim, uma hermenêutica *psicológica* não apreende diretamente uma individualidade, mas somente sua diferença em relação à outra em si mesma.

Ricoeur conclui que, se mostra complicado demarcar as duas hermenêuticas (gramatical e psicológica/técnica) pela superposição, ao primeiro par de opostos, o *gramatical* e o *técnico*, de um segundo par de opostos, a *adivinhação* e a *comparação*. Conclui o autor, que esse problema só se resolve se *elucidarmos a relação da obra com a subjetividade do autor e*

¹¹⁴ RICOEUR, PAUL. *Hermenêutica e Ideologias*. Rio de Janeiro: Vozes, 2013. p.28.

¹¹⁵ RICOEUR, PAUL. *Hermenêutica e Ideologias*. Rio de Janeiro: Vozes, 2013. p.28/29.

se, na interpretação, deslocarmos a ênfase da busca patética das subjetividades subterrâneas em direção ao sentido e à referência da própria obra.¹¹⁶

Dilthey se situa nessa encruzilhada crítica da hermenêutica, e em seus trabalhos incorpora o aspecto psicológico da hermenêutica de Schleiermacher, reconhecendo o problema: da compreensão por transferência a outrem.

O projeto de Dilthey é, como mostrado, justificar filosoficamente uma metodologia apropriada às ciências humanas.

Dilthey reconhece o valor dos estudos de Schleiermacher, destacando quatro pontos fundamentais de sua teoria, (1º) primeiramente reconhece que, as regras hermenêuticas para interpretar textos são um caso específico do próprio processo de compreensão em geral, (2º) segundo, reconhece que o intérprete e o autor compartilham uma natureza humana geral, (3º) terceiro, é que compartilhando essa natureza humana o intérprete pode “recriar a forma de vida alheia” e compreender a vida interior de outra pessoa (método divinatório), por fim, (4º) em termos lógicos, o intérprete pode entender o todo que o texto é a partir das palavras (todo pela parte, e parte do todo). *Essa empreitada seria possível porque o intérprete já conhece as regras gramaticais, as formas lógicas e a história da era do autor.*¹¹⁷

Em Dilthey, ocorre uma aproximação entre a hermenêutica filológica e exegetica com a hermenêutica histórica, no caminho de uma maior universalidade, pois, antes da coerência de um texto, vem a da história, entendida como o grande “documento do homem”, como a mais fundamental expressão da vida.

Dilthey falava em **consciência histórica**, por sermos seres históricos, temporais, essa temporalidade está contida na vida como sua primeira determinação categórica e, ao experimentarmos essa temporalidade não podemos dissociar a relação entre o todo e as partes, pois, a relação da parte com o todo é reexperimentada na compreensão, e a relação parte-todo é o do significado das partes para o todo.

O nexó estrutural da vida, assim como um texto, é determinado pela relação entre o todo e as partes. Cada parte expressa algo sobre o todo da vida e tem, portanto, um significado para esse mesmo todo, como o próprio significado é determinado pelo todo (é a ideia de círculo aplicada à vida).

¹¹⁶ RICOEUR, PAUL. *Hermenêutica e Ideologias*. Rio de Janeiro: Vozes, 2013. p.29.

¹¹⁷ cfr. Lawrence Schmidt, op. cit. e Gadamer, op. cit.

*A idealidade do significado não pode ser atribuída a um sujeito transcendental, mas surge da realidade histórica da vida.*¹¹⁸

Gadamer diz que para Dilthey **o nexo de vida e saber é, pois, um dado originário.**¹¹⁹

A compreensão é o método para se chegar a validade *objetiva* nas ciências humanas, a **hermenêutica é**, portanto, o **método (doutrina ou teoria) para compreensão de textos.**

A *escola histórica de Dilthey*, embora reconhecesse que o intérprete é ele mesmo um *ser* histórico, vivendo em um determinado contexto, e que não seria viável se obter um ponto de vista absolutamente objetivo, tal qual nas ciências exatas. defendia, contudo, o conhecimento válido com base na ideia de *sujeitos lógicos*, não *sujeitos reais*, esses *sujeitos* seriam coletividades que criam *estrutura históricas significativas*, a partir dessas estruturas a vida individual conseguiria acessar a vida em geral e a consciência histórica conseguiria compreender a tradição. Esse ponto de vista seria *a-histórico*, pois acreditava na possibilidade de um exame *objetivo*, ainda tentava *escapar* do círculo hermenêutico, visto como círculo vicioso, e não entrar de forma adequada como seria defendido por Heidegger.

A contribuição do autor foi inserir o *compreender* (a interpretação) em um contexto histórico, contudo, sua teoria ainda estava atrelada à tentativa de obter uma interpretação **objetivamente válida**, estava ainda preso à perspectiva sujeito-objeto,

A teoria de Dilthey, na visão de Ricoeur, peca por cindir *compreender* e *explicar*, embora reconheça seu valor quando defende que podemos compreender outras pessoas através de unidades de significado que se erguem acima do fluxo histórico, contudo, peca, por não ver que, para termos uma análise crítica devemos abandonar a noção psicológica de transferência e interceptar o texto a partir de seu próprio significado, pois, *se o empreendimento permanece psicológico em seu fundo é porque confere à interpretação não aquilo que diz o texto, mas aquele que nele se expressa.*

¹¹⁸ Gadamer. Op.cit.p.302: Para Dilthey, significado não é um conceito lógico, mas é entendido como expressão da própria vida. A própria vida, essa temporalidade em constante fluxo, está voltada à configuração de unidades de significado duradouras. A própria vida se autointerpreta. Tem estrutura hermenêutica. É dessa forma que a vida constitui as verdadeiras bases das ciências do espírito, a hermenêutica surge a partir da fundamentação da filosofia da vida.

Dilthey entende que a compreensão não decorre do saber do conceito especulativo, absoluto, como em Hegel, mas sim na própria consciência histórica auto-reflexiva.

¹¹⁹ Gadamer. Op.cit.p.318.

Dilthey percebeu perfeitamente o âmago do problema: a vida só se apreende a vida pela mediação das unidades de sentido que se elevam acima do fluxo histórico. Percebeu um modo de ultrapassagem da finitude sem sobrevoos, sem saber absoluto, que é, propriamente a interpretação. Com isso, aponta a direção na qual o historicismo poderia ser vencido por ele mesmo, sem invocar nenhuma coincidência triunfante com qualquer saber absoluto. Contudo, para levar adiante essa descoberta, será preciso que se renuncie a vincular o destino da hermenêutica à noção puramente psicológica de transferência numa vida psíquica estranha, e que se desvende o texto, não mais em direção a seu autor, mas em direção ao seu sentido imanente a esse tipo de mundo que ele abre e descobre.¹²⁰

Com Heidegger gira-se o problema hermenêutico da epistemologia para ontologia, como já estudado por nós, com isso, a indagação muda, não mais se pergunta sobre *como compreendemos*, pergunta-se, agora, pelo sentido do *ser*.

Aquilo sobre o que interrogamos é a questão do *sentido* do ser, contudo, segue Ricoeur, nessa questão somos conduzidos por aquilo mesmo que é procurado.

A teoria do conhecimento é, desde o início, transformada por uma interrogação que a precede e que versa sobre o modo com um ser encontra o ser, antes mesmo de se opô-lo como um objeto que faça face a um sujeito. Cria-se assim, uma oposição entre fundação ontológica e fundamento epistemológico.¹²¹

Heidegger ao *mundanizar* o compreender o *despsicologiza*.

Com o *Mago de Messkirch*, a análise passa a ser vista como uma *meditação* sobre a *mundanidade* do mundo, o que se deve precisamente reconquistar é a condição de habitante desse mundo, a partir da qual há *situação, compreensão e interpretação*.

Paul Ricoeur, com Heidegger, vai dizer que:

A teoria do compreender deve ser precedida pelo reconhecimento da relação de enraizamento que assegura ancoragem de todo sistema linguístico, por conseguinte dos livros e dos textos, em algo que não é, a título primordial, um fenômeno da articulação do discurso. É necessário, antes, encontrar-se (bem ou mal), encontrar-se aí e sentir-se (de certa maneira), antes mesmo de orientar-se. Pela teoria do

¹²⁰ RICOEUR, PAUL. *Hermenêutica e Ideologias*. Rio de Janeiro: Vozes, 2013. p.35/36.

¹²¹ RICOEUR, PAUL. *Hermenêutica e Ideologias*. Rio de Janeiro: Vozes, 2013. p.38.

conhecimento colocamos os objetos diante de nós; já o sentimento da situação precede esse vis-à-vis ordenando-nos a um mundo.

Surge então o compreender. A primeira função do compreender é a de nos orientar em uma situação, não se dirige, pois, à apreensão de um fato, mas à de uma possibilidade de ser.

*Compreender um texto não é descobrir um sentido inerte que nele está contido, mas revelar as possibilidades de ser indicadas pelo texto.*¹²²

Paul Ricoeur incorpora a filosofia de Heidegger, não sem críticas, chegando a indagar, ao discorrer sobre as ideias do filósofo de Messkirch: Por que não paramos aqui e nos proclamamos simplesmente heideggerianos?¹²³

O filósofo francês, contudo, aponta o que ainda se mantém em Heidegger como uma questão não resolvida: *Como tomar consciência de uma questão crítica em geral, no contexto de uma hermenêutica fundamental?*

Segue dizendo que com Heidegger, estamos sempre engajados em voltar para os fundamentos, mas ficamos incapazes de começar o movimento de retorno que levaria da ontologia fundamental para pergunta propriamente epistemológica do estatuto da ciência humana. A hermenêutica ontológica parece incapaz, por razões estruturais, de desvendar essa problemática do retorno; “as pressuposições ontológicas do conhecimento historiográfico, transcendem, essencialmente, a ideia de rigor apropriado às ciências exatas”, e, indaga Ricoeur: Como ir adiante, posto que se declara que, “os pressupostos ontológicos de todo conhecimento ultrapassa a ideia de rigor científico das ciências exatas, e que se elimina a questão do rigor próprio às ciências históricas?”.¹²⁴

A preocupação em se enraizar mais profundamente o círculo que toda epistemologia impede que se repita a questão epistemológica após a ontologia.

Essa aporia torna-se o problema central na obra de Hans-Georg Gadamer, em *Wahrheit und Method*, diz Ricoeur.

A partir da ideia de *wirkungsgeschichtliches Bewusstsein* (consciência-da-história-efetiva), como seria possível introduzir qualquer instância crítica numa consciência de pertença expressamente definida pela recusa do distanciamento?

¹²² RICOEUR, PAUL. *Hermenêutica e Ideologias*. Rio de Janeiro: Vozes, 2013. p. 40.

¹²³ RICOEUR. *Op.cit.* p. 44.

¹²⁴ RICOEUR. *Op.cit.* p. 45.

Na obra de Gadamer, *ou se pratica a atitude metodológica, mas se perde a densidade ontológica da realidade estudada, ou então, praticamos a atitude de verdade, e somos forçados a renunciar à objetividade das ciências humanas.*

Para Ricoeur, essa superação, só poderia ser feita na medida em que a consciência histórica não se limitar a repudiar o distanciamento, mas antes, de forma a também empenhar-se em assumi-lo.

Ricoeur identifica três elementos na teoria de Gadamer que indicam a possibilidade de um distanciamento produtivo. Primeiro, há em Gadamer, na discussão da história efetiva, uma tensão entre proximidade e o distanciamento que poderia permitir a distância. Segundo, o conceito de fusão de horizontes requer que exista um horizonte histórico distante que será fundido. Terceiro, na linguagem enquanto diálogo “os interlocutores se desvanecem face às coisas ditas que, por assim dizer, direcionam o diálogo”.¹²⁵

A proposta de Ricoeur parte de “uma recusa dessa alternativa e de uma tentativa de ultrapassá-la.

Essa tentativa deve partir do problema, qual seja, a alternativa entre distanciamento alienante e participação por pertença. Essa problemática dominante é a do texto.

O texto, segue o filósofo francês, é muito mais do que um caso particular de comunicação inter-humana: **é o paradigma do distanciamento na comunicação**. Por esta razão, revela um caráter fundamental da própria historicidade da experiência humana, a saber, que ela é uma comunicação *na e pela* distância.

Devendo a problemática ser estruturada em cinco temas:¹²⁶

a efetuação da linguagem como *discurso*.

a efetuação do discurso como *obra estruturada*.

a relação da *fala* com a *escrita* no discurso e nas obras de discurso.

a obra de discurso como *projeção de um mundo*.

o discurso e a obra do discurso como *mediação da compreensão de si*. Todos tomados em conjunto, constituem os critérios da textualidade.

Ricoeur afirma que há três formas de distanciamento que ocorre na linguagem e no texto escrito, que permitem e exigem *explicação na compreensão de um texto*.

¹²⁵ RICOEUR. Op.cit.p.51/52.

¹²⁶ RICOEUR, PAUL. Hermenêutica e Ideologias. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.p.52.

A distancia não é alienante como pensava Gadamer, é produtiva, diz Ricoeur, que também rejeita a oposição de Gadamer entre verdade e método, e afirma que há uma dialética entre compreensão e explicação na hermenêutica.

O discurso, mesmo oral, apresenta um traço absolutamente primitivo de distanciamento, que é a condição de possibilidade de todos os traços que consideramos posteriormente. Este traço primitivo de distanciamento pode ser caracterizado pelo título: a dialética do evento e da significação.

O discurso enquanto evento é realizado temporalmente e no presente, quando um orador fala sobre algo e direcionado para alguém.

Enquanto evento o discurso é parte da historicidade do ser, é também autorreferencial, vincula-se à pessoa daquele que fala, e, em um terceiro aspecto, o discurso enquanto evento é sempre um discurso sobre algo, refere-se a um mundo que pretende descrever, exprimir ou representar, o evento é, nesse sentido, *a vinda à linguagem de um mundo mediante o discurso*.

O *evento* é fenômeno temporal da troca no discurso, o estabelecimento do diálogo, que pode travar-se, prolongar-se ou ser interrompido.

Todos esses traços em conjunto constituem o *discurso em evento*.

Importa agora, definir o *discurso como significação*, diz o autor que, na dialética do *evento* e do *sentido*, todo *discurso é compreensão como significação*.¹²⁷

É dessa tensão dialética do *evento* e do *sentido*, que surge a produção do discurso como obra, portanto, se todo discurso é efetuado como *evento*, todo discurso é compreensão como *significação*.

O que se pretende compreender não é o evento, que é fugidio, mas sua significação que permanece.

O ato do discurso seria constituído por uma hierarquia de atos subordinados, em três níveis:

- nível do ato locucionário ou proposicional: ato *de* dizer.
- nível do ato (ou da força) ilocucionário: aquilo que fazemos *ao* dizer.
- nível do ato perlocucionário: aquilo que fazemos *pelo fato de* falar.

O *discurso como significação* (*noema do dizer*), significa não apenas o correlato da frase dita, no sentido escrito do ato proposicional, mas

¹²⁷ RICOEUR, PAUL. *Hermenêutica e Ideologias*. Rio de Janeiro: Vozes, 2013. p.55.

também o da força ilocucionária e, mesmo, o da ação perlocucionária, na medida, pois, em que podem ser identificados ou reidentificados como possuindo a mesma significação, portanto, o termo *significação* tem acepção bastante ampla, englobando todos os aspectos e todos os níveis da exteriorização *intencional* que torna possível, por sua vez, a exteriorização do discurso na obra e nos escritos.

O significado se separa do evento do discurso e permanece. **As convicções compartilhadas da linguagem permitem que o significado apareça no evento do discurso.**¹²⁸

A obra do discurso apresenta características de organização e estrutura que admitem o uso de métodos estruturais que sejam aplicados ao próprio discurso. Sendo a obra *estruturada* se faz necessário reintroduzir a *explicação* na *compreensão*.

Uma nova época da hermenêutica se abre com o sucesso da análise estrutural. A partir de então, a *explicação* é o caminho obrigatório da *compreensão*.¹²⁹

O texto apresenta um mundo possível, esse *mundo possível* é o “problema hermenêutico mais fundamental”, posto que, o intérprete não busca o estado psicológico do autor por trás do texto, mas precisa interpretar o “mundo proposto que eu poderia habitar” que está “à frente do texto”, assim sendo, ao interpretar o mundo à frente da obra, o intérprete o trata como referência de suas próprias possibilidades de ser.

É o “problema da apropriação (*Aneignung*) ou da aplicação (*Anwendung*) à situação presente do leitor”.¹³⁰

Assim, a “apropriação está dialeticamente ligada ao distanciamento típico da *escrita*, esta não é abolida pela apropriação. Pelo contrário, é sua contrapartida. Graças ao distanciamento pela escrita, a apropriação não possui mais nenhum dos caracteres da afinidade afetiva com a intenção do autor. A apropriação é exatamente o contrário da contemporaneidade e da congenitalidade: é compreensão pela distância, compreensão à distância”.¹³¹

A compreensão se faz pela própria qualidade estrutural objetiva da obra, desvinculada da intenção e da congenialidade do autor, ela,

¹²⁸ SCHMIDT. Lawrence K. *Hermenêutica*. Petrópolis: Vozes, 2014. p.219.

¹²⁹ RICOEUR, PAUL. *Hermenêutica e Ideologias*. Rio de Janeiro: Vozes, 2013. p.61.

¹³⁰ RICOEUR, PAUL. *Hermenêutica e Ideologias*. Rio de Janeiro: Vozes, 2013. p.67.
SCHMIDT. Lawrence K. *Hermenêutica*. Petrópolis: Vozes, 2014. p.220.

¹³¹ RICOEUR, PAUL. *Hermenêutica e Ideologias*. Rio de Janeiro: Vozes, 2013. p.67.

compreensão, está ligada à objetivação típica da obra. Ela passa por todas objetivações estruturais do texto, tendo em conta que não faz referência ao autor, mas ao sentido. **Compreender é compreender-se diante do texto. Isso não significa impor ao texto suas capacidades finitas de compreensão, mas antes, de se expor ao texto e receber dele um *si* mais amplo.**

O leitor, o intérprete, precisa entrar no *mundo da obra* (Ricoeur), na *coisa do texto* (Gadamer), para dela se *apropriar*, e, como se percebe, esse mundo não é determinado pelo leitor. O leitor ao se expor ao *mundo da obra* deve se perder para depois se encontrar, essa *escuta* do texto exige que o *eu* se distancie de *si* mesmo.¹³²

Diz Ricoeur que, assim como o *mundo do texto só é real na medida em que é fictício*, devemos da mesma forma dizer que a subjetividade do leitor só advém a ela mesma na medida em que é colocada em suspenso, irrealizada, potencializada, da mesma maneira que o mundo manifestado pelo texto. Por tanto, só me encontro, como leitor, perdendo-me. A leitura introduz o leitor nas variações imagináveis do *ego*. A metamorfose do mundo, também é a metamorfose lúdica do *ego*.

Se assim é, o conceito de *apropriação* exige uma crítica interna, na medida em que permanece dirigido contra a *Verfremdung* (distanciamento, alienação). Esse distanciamento não é apenas em relação à obra, mas um distanciamento do *eu* em relação a *si* mesmo.

A compreensão é, portanto, tanto desapropriação como apropriação, podendo e devendo ser incorporado uma crítica das ilusões do sujeito, à maneira freudiana e marxista.

A consequência, para hermenêutica, é importante, pois, não se *pode* (ou *deve*) se opor hermenêutica e crítica das ideologias. A crítica da ideologia é o *desvio* que a compreensão de *si* deve tomar, caso queira ser constituída pela coisa do texto, e não pelos preconceitos do intérprete.

É necessário transferir para a *compreensão de si* a dialética da objetivação e da compreensão percebido no nível do texto, de suas estruturas, de seu sentido e de sua referência, sendo o *distanciamento* condição de compreensão em todos os níveis de análise.

Portanto, é fundamental que se incorpore à hermenêutica filosófica uma *teoria da explicação* e da *desconfiança* para superarmos o impasse que a mesma apresenta.

¹³² Deve ser incorporado, ao modo freudiano e marxiano, à autocompreensão, uma crítica das ilusões do sujeito.

Numa obra escrita o significado está distanciado do autor e da platéia original, o exame estrutural, portanto, é capaz de *explicar* o significado mais profundo do texto, e, ao aplicar o mundo da obra para minha situação factual (real), eu me *distancio* de mim mesmo, e isso possibilita uma *autocrítica* como uma crítica da *ideologia*. É o controle metodológico do compreender.

Hermenêutica Constitucional e Legitimidade da Jurisdição Constitucional

A questão da legitimidade do *JUDICIAL REVIEW*, e da própria hermenêutica constitucional, tem sido tema recorrente na doutrina estrangeira, onde vários autores têm se debruçado sobre o assunto, para citar apenas alguns: H. L. A. Hart; R. Dworkin; J. Habermas; J. H. Ely; A. Bickel; J. J. Gomes Canotilho; J. Rawls; K. Whittington; Robert Alexy; P. Häberle; Scott Schapiro; J. Waldron; Lenio Streck e outros.¹³³

A jurisdição constitucional, como se sabe, não é dotada de legitimidade popular, não direta, o que torna necessário buscar legitimação de outra forma, até mesmo para que possa controlar atos de outros Poderes, estes sim, dotados de legitimidade popular.

É a conhecida dificuldade *contramajoritária* da jurisdição constitucional, apontada por Brickel: “The root difficulty is that judicial review is a *countermajoritarian* force in our system”.¹³⁴

No Brasil ou em países onde a constituição expressamente prevê o controle de constitucionalidade jurisdicional, o problema não é menor do que em países como os Estados Unidos, onde a Constituição não traz expresso em seu texto o *judicial review*.¹³⁵

Faremos uma análise das diversas teorias que buscam traçar os limites à interpretação da constituição e, conseqüentemente da própria jurisdição constitucional.

¹³³ Cfr.: Referências

¹³⁴ BICKEL, Alexander. M. *The least dangerous branch*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962. p.16.

¹³⁵ O *judicial review* é objeto de contestação no EUA até os dias de hoje, apontado por muitos como um erro, uma forma de ativismo judicial indevido, conferir artigo de Barrett, Amy Coney: ORIGINALISM AND STARE DECISIS, em: <http://ndlawreview.org/wp-content/uploads/2017/07/NDL502-Barrett.pdf>. 29/06/2018.

8.1. Introdução

O limite da jurisdição constitucional parece que se escora na própria interpretação da constituição, que traz, expressa ou implicitamente, os limites de sua atuação.

Como diz Whittington¹³⁶, “the judicial legitimacy hinges on its interpretative practice”; logo, importante definir os limites da interpretação em termos de jurisdição constitucional, como prossegue afirmando o autor: “the interpretative practice must be properly grounded”.

A interpretação constitucional é de suma importância para dar (maior) legitimidade à jurisdição constitucional e ao controle de constitucionalidade, definindo os limites de sua atuação.

O debate pode ser analisado – tendo por origem o direito americano – a partir de dois grandes grupos, um em favor de um maior “ativismo”¹³⁷ (não interpretativista), outro, favorável a maior autocontenção (interpretativismo) do *judicial review* – com grandes distinções dentro dos próprios grupos e, como veremos, a discussão não se limita à divisão entre *Interpretativistas* e *Não Interpretativistas*, é muito mais complexa, portanto, a classificação indicada será nosso ponto de partida, advertindo que o estágio atual de evolução do tema não mais se limita à divisão entre os dois grandes grupos, vai muito além.

8.1.1. *Interpretativistas (interpretivists)* (W. Rehnquist; R. Bork; A. Scalia; K. E. Whittington)

Para os interpretativistas, a interpretação não é uma atividade de criação, mas sim de *revelação*, de *descoberta*, de revelação de um sentido prévio, que pode ser encontrado no próprio texto, seja em seu sentido expresso ou implícito de maneira evidente a partir de sua própria textura semântica, ou na intenção do legislador constituinte (Founders), onde o intérprete não trabalha com valores próprios, mas com a *voluntas legis* ou com a *voluntas legislatoris*. “Interpretation represents a search for meaning already in the text. *Interpretation is Discovery*”.¹³⁸

¹³⁶ WHITTINGTON, Keith E. Constitutional Interpretation – Textual Meaning, Original Intent, & Judicial Review. Kansas, USA: University Press of Kansas, 1999. p.14.

¹³⁷ Ativismo, aqui, no sentido de uma atuação menos atrelada ao texto ao à intenção dos *founding fathers*.

¹³⁸ *Idem. Op. cit. p.6.*

Podemos falar em *teorias contratualistas de interpretação*.

Entre os interpretativistas, podemos indicar as seguintes linhas de pensamento:

8.1.1.1. *Originalismo (originalism)*

O termo *Originalismo* aparece pela primera vez no artigo (refratário à ideia) *The Misconceived Quest for the Original Understanding* (1980), de Paul Brest (o artigo era crítico à ideia de uma interpretação *originalista*).¹³⁹

Keith Whittington, por sua vez, diz que o *originalismo* como método de interpretação constitucional nos EUA *has a long history. It has been prominently advocated from the very first debates over constitutional meaning. At various points in American history, originalism was not a terribly self-conscious theory of constitutional interpretation, in part because it was largely unchallenged as an important component of any viable approach to understanding constitutional meaning. Originalism, in its modern, self-conscious form, emerged only after traditional approaches had been challenged and, to some degree, displaced.*¹⁴⁰

Edwin Meese, *Attorney General* no governo do Presidente americano Ronald Reagan, se tornou um entusiasta da ideia, vista como um potente instrumento político de crítica à “*Corte Warren*”, período em que a Suprema Corte Americana ficou conhecida por sua postura *ativista*, servindo como defesa de uma postura de maior contenção, tendo como alvo decisões como a do caso *Roe vs Wade*; essa visão foi logo abraçada pelos chamados *conservadores*, teve forte conotação política.

Segundo a ideia do ***Original Intent Originalism*** (Robert Bork), a interpretação da Constituição é limitada pela vontade dos Framers ou Founders (Pais da Constituição, seus autores e os que a ratificaram, são os chamados *Fouding Fathers*). Em outros termos, a interpretação estaria condicionada pela *voluntas legislatoris*, vontade do constituinte; podemos, com apoio na doutrina americana, chamar essa visão de ***Original Intent Originalism***.

Mais modernamente se estabelece distinção entre “*original intent*” e “*original meaning*”, em outro termos, distinção entre “*intenção original*” e “*significado original*”, nesse último aspecto se desenvolve o chamado

¹³⁹ Paul Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, 60 B.U. L. REV. 204 (1980).

¹⁴⁰ WHITTINGTON, Keith E. *Constitutional Interpretation – Textual Meaning, Original Intent, & Judicial Rewiew*. Kansas, USA: University Press of Kansas, 1999.

Semantic Originalism¹⁴¹, nessa linha busca-se o significado mais original das palavras à época em que o respectivo texto foi editado, **original public meaning textualism**, o sentido (público) das palavras à época da promulgação do texto constitucional.

O processo de interpretação se mostra complexo, mesmo na vertente *originalista*, nessa linha, leva-se em consideração não apenas a vontade dos criadores e ratificadores da Constituição (**original intent originalism**), mas também procede-se a um exame lingüístico, investigando o sentido das palavras do texto à época em que a Constituição – ou a respectiva emenda – tenha sido editada (**semantic originalism**), para tanto, o julgador pode, e deve, se valer de fontes suplementares, como, por exemplo, fontes históricas (**historical context originalism**).¹⁴²

Os debates dos *Founders* e uma análise do idioma ao tempo são importantes, funcionam como argumento de reforço, por exemplo.

A linha moderna do *originalismo* se baseia majoritariamente na ideia de *sentido originário* (*original meaning* ou *semantic*), veremos de forma mais detida no próximo item, embora sejam linhas complementares e não excludentes.

Um dos maiores defensores do **originalismo (semântico)** na atualidade, Whittington, descreve “*the basic originalist program*”:¹⁴³

¹⁴¹ **Semantic Originalism:**

On a very thin view, what governs is the original semantic meaning, understood as the meaning of the words in the English language at the time. Call this Semantic Originalism. If the words “domestic violence” did not originally mean spousal abuse, then they cannot mean spousal abuse today. If the words “equal protection” originally had nothing to do with condoms, then they can- not now have anything to do with condoms. If the English language changed radically, so that “due” meant “awesome,” “cruel” meant “wonderful,” and “vested” meant “wearing a vest,” the meaning of the Constitution would not change, because the original semantic meaning is what governs.

¹⁴² **Historical Context Originalism**

On a much thicker view, the original meaning is not limited to semantic meaning. It captures what the relevant English speakers, at the time, would have understood the words to mean in their context. The much thicker view is that the original meaning goes beyond the original semantic content of the constitutional text and includes an understanding of the historical context, used to eliminate ambiguity. Call this Historical Context Originalism, to which most contemporary originalists subscribe.

Suppose, for example, that “the freedom of speech” did not include commercial advertising or libel and that “the equal protection of the laws” had nothing to do with school segregation or sex discrimination. If so, originalists would be inclined to say that the issue is at an end. It should be clear that if the historical context is decisive, originalism would have a great deal of bite. But there is a complication, to which I now turn.

¹⁴³ A Constituição deve ser interpretada em conformidade com o entendimento público que se tinha à época da sua edição e ratificação.

*The Constitution should be interpreted according to the understandings made public at the time of the drafting and ratification. The primary source of those understandings is the text of the Constitution itself, including both its wording and structure. The text is supplemented by a variety of secondary sources of information, however. **Historical sources** are to be used to elucidate the understanding of the terms involved and to indicate the principles that were supposed to be embodied in them. The guiding principle is that the judge should be seeking to make plain the 'meaning understood at the time of the law's enactment.'*¹⁴⁴

Cass R. Sustein diz que o Originalismo é defensável sob dois aspectos:¹⁴⁵

Originalism might be defended on two very different grounds. The first is that it is in some sense mandatory—for example, that it follows from the very idea of interpretation, from having a written Constitution, or from the only legitimate justifications for judicial review. The second is that originalism is best on broadly consequentialist grounds. While the first kind of defense is not convincing, the second cannot be ruled off limits. In an imaginable world, it is right; in our world, it is usually not. But in the context of impeachment, originalism is indeed best, because there are no sufficiently helpful precedents or traditions with which to work and because the original meaning is (at least) pretty good on the merits. These points are brought to bear on recent defenses of originalism; on conflicts between precedents and the original meaning; on conflicts between traditions and original meaning; and on nonoriginalist approaches, used shortly after ratification.

Cass R. Sustein, embora não seja um *originalista*, defende, em determinadas situações, por exemplo no caso de *Impeachment*, que, na falta de precedentes ou de uma tradição institucional sobre o tema, uma leitura *originalista* da Constituição é a melhor saída, desde que tenha fundamentos pragmáticos que justifique, vejamos:¹⁴⁶

¹⁴⁴ *Idem. Op. cit. p. 35.*

¹⁴⁵ SUSTEIN, Cass R. Originalism, consultado em 28/06/2018: <http://ndlawreview.org/wp-content/uploads/2018/06/11-Sunstein.pdf>

¹⁴⁶ Sustein. *Ibidem.*

If originalism has bite, it must be defended on the basis of its consequences, broadly conceived, and the defense would make sense under imaginable circumstances.

For orientation and simplification: If the original understanding is excellent, and if judicial judgments about the (nonoriginalist) meaning of the text would misfire in a relevant sense, then originalism would be best. Originalism would stand defended on consequentialist grounds. And indeed, some defenders of originalism speak in pragmatic terms. Some originalists are also at pains to say that their preferred approach would not endanger “fixed points” in constitutional law—perhaps above all, the ban on racial segregation. They emphasize the real-world risks that accompany nonoriginalist approaches.

I have not embraced originalism in general, and indeed I have suggested that originalism usually lacks much appeal in our world, certainly if the suggestion is that judges should now embrace it. On that count, my conclusion is more qualified and tentative than I expected it to be—but there we are.

O originalismo seria viável, por exemplo, diz Sustain:¹⁴⁷ *In the context of impeachment, however, originalism does seem best. In that context, interpreters lack precedents or traditions with which to work. In that context, adherence to the original meaning leads to an attractive approach to the Impeachment Clause. Under those assumptions, the case for originalism is quite powerful on pragmatic grounds.*

Antonin Scalia¹⁴⁸ admitia, por exemplo, que os precedentes (*precedents*) fossem uma limitação (exceção) pragmática ao originalismo, *he was willing to treat stare decisis as a limited, pragmatic exception to originalism. The careful explanations he gave, however, open up potential lines of inquiry for those exploring whether the tension between originalism and stare decisis can be resolved as a matter of principle.*¹⁴⁹

Robert Bork, talvez o maior teórico do originalismo, pragmaticamente (*pragmatic argument*), dizia que o originalismo seria a única forma de

¹⁴⁷ *Ibidem*

¹⁴⁸ Foi juiz (associate justice) da Suprema Corte Americana.

¹⁴⁹ Amy Coney BARRETT foi nomeada *associate justice* (juíza) Suprema Corte Norte Americana, no governo Donald Trump, substituindo a histórica juíza Ruth Bader Ginsburg (RGB, como era, carinhosamente, conhecida). BARRETT, Amy Coney, ORIGINALISM AND STARE DECISIS: <http://ndlawreview.org/wp-content/uploads/2017/07/NDL502-Barrett.pdf>, em 29/06/2018.

se limitar a interpretação judicial, em suas palavras, *the only way in which the Constitution can constrain judges is if the judges interpret the document's word according to the intention of those who drafted, propose, and ratified its provisions and various amendments.*¹⁵⁰

A preocupação do *Originalism* é com a discricionariedade judicial, *originalists have been particularly concerned about the discretion available to judges and therefor have been careful to clarify and emphasize the limits placed on them by the adoption of their interpretative method.*¹⁵¹

8.1.1.2. Textualismo (textualism)

Nessa linha, o texto da Constituição é o próprio limite da sua interpretação. O intérprete deve buscar o significado do texto através de um processo de *descoberta* do sentido e não de atribuição ou criação de sentido.

O sentido do texto é preexistente em relação à interpretação do mesmo.

O texto escrito limita o intérprete; tem-se uma interpretação próxima do literal, procurando revelar o sentido gramatical *originário* do texto constitucional.

O textualismo pode, nos diz Emerson Garcia, assumir três formatos: (1) limites do enunciado (*clause-bound*) – a análise é direcionada a partes específicas do texto; (2) estrutura (*structuralist*) – os enunciados são examinados levando em consideração a sua condição de parte integrante de um texto em que se insere; (3) propósito (*purposive*) – onde se examina a finalidade do texto. Podemos visualizar as técnicas de interpretação: literal, sistemática e teleológica.¹⁵²

É comum a referência no Direito Americano ao termo ***original public meaning textualism*** ou ***new originalism*** (*Antonin Scalia*).

Michael Ramsey, se manifesta, sintetizando, sobre o que se convencionou chamar de *Scalian Originalism*.¹⁵³

Original public meaning textualism is the objective meaning that the words and phrases of the document would have had to reasonable, and

¹⁵⁰ WHITTINGTON, Keith E.p.39. “A única forma que a Constituição pode limitar a atuação judicial é exigindo-se que se interprete a mesma em conformidade com a vontade dos Constituintes...”.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² GARCIA, Emerson. Interpretação Constitucional. São Paulo: Atlas, 2015.p.410.

¹⁵³ Em: <http://originalismblog.typepad.com/the-originalism-blog/2018/07/michael-stokes-paulsen-on-originalism-and-impeachmentmichael-ramsey.html>

reasonably informed, speakers and readers of the English language, at the time of their adoption as part of the Constitution.

Briefly stated, the methodology is one that focuses on the (theoretical) *objective meaning* of the words of an authoritative written text. It is not the subjective “intentions,” or “understanding,” or “expectations” of any of the text’s (collective) authors or adopters that is itself authoritative – though such information might well supply valuable relevant *evidence* of the meaning of the words of the text. The search is for the meaning of the words and phrases that the framers and ratifiers of the Constitution wrote, and adopted, as part of the Constitution. That meaning is (theoretically) the objective meaning of the language thus written. Put colloquially: It is not what the framers “had in mind” that counts, in the end. It is what they *wrote down in words*. The two things are often related, but they are distinct.

The methodology focuses on the *original* meaning of the words and phrases. This is essential to guard against creeping (or lurching) linguistic anachronism or, even worse, pure subjectivity. The Constitution’s provisions were adopted at particular points in time and reflected the meanings the words of those provisions had at that time and in that social and political context. To treat those words as legally authoritative means to accord them the meaning (or range of meaning) they had at the time they were adopted as authoritative. That is part and parcel of *written* constitutionalism generally. Giving the Constitution its original meaning as an authoritative written text also requires that the words and phrases of the Constitution be understood in accordance with any *backdrop understandings* that would have come with such terms, at the time and in the social and political context in which they were adopted. If a word or phrase functioned as a specific legal or political *term of art*, and was known to function as such, **then its legal meaning is the one that corresponds to that term-of-art meaning at the time**, which is not necessarily its modern “literal” meaning.

O famoso *Justice, Antonin Scalia, da Suprema Corte Americana*, foi um dos mais importantes defensores dessa linha de pensamento, como vimos, ou, como nos diz Amy Barrett (juíza associada da Suprema Corte Norte Americana), *he was the public face of modern originalism* (Ele era o representante do moderno originalismo).¹⁵⁴

¹⁵⁴ Barrett. *Ibidem*.

Por essa perspectiva *textualista*, dizia Scalia, *the Originalism maintains both that constitutional text means what it did at the time it was ratified and that this original public meaning is authoritative. This theory stands in contrast to those that treat the Constitution's meaning as susceptible to evolution over time. For an originalist, the meaning of the text is fixed so long as it is discoverable.*

Antonin Scalia (*Associate Justice of the Supreme Court*), defendia que ao intérprete constitucional cabe a busca pelo sentido original da Constituição, *Constitution's original meaning*, podemos inseri-lo na corrente dos **Semantic Originalist** ou **original public meaning textualism**.

Scalia costumava afirmar para os críticos que “*I am a textualist. I am an originalist. I am not a nut*”.

Como deixamos assentado, não existe visão única sobre o Originalismo, é uma teoria, forte no Direito Americano, que vem se desenvolvendo e sofrendo reformulações, Lawrence B. Solum, um ativo defensor do *Contemporary Originalism* (Originalismo Contemporâneo), busca esclarecer essa contemporânea visão sobre a Teoria do Originalismo.¹⁵⁵

O autor aponta que na primeira aparição do termo “*originalism*”, no artigo de Paul Brest, já citado por nós, a expressão indicaria: *an approach to constitutional adjudication that accords binding authority to the text of the Constitution or the intentions of its adopters*.

Como vimos, podemos destacar da expressão duas “formas” de Originalismo, o *Semantic Originalism* e o *Original Intent Originalism*.

Tendo em conta essa perspectiva evolutiva, é comum a doutrina se referir ao *Original Public Meaning Originalism* como **New Originalism**.

Os defensores dessa teoria fazem distinção entre *interpretation* (interpretação) e *construction* (construção normativa), essa distinção, entre **constitutional interpretation** e **constitutional construction**,¹⁵⁶ é extremamente relevante.

Lawrence B. Solum corrobora esse pensamento, dizendo que é fundamental se estabelecer de forma clara *the distinction between “constitutional interpretation,” understood as the enterprise of discerning the semantic content of the Constitution, and “constitutional construction,” which we might tentatively define as the activity of determining the legal effect of the constitutional text. One mode of construction involves judicial specification of*

¹⁵⁵ Consultado em 28/07/2018: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1825543

¹⁵⁶ WHITTINGTON, Keith E. *Constitutional Interpretation – Textual Meaning, Original Intent, & Judicial Review*. Kansas, USA: University Press of Kansas, 1999.

constitutional doctrine when the text is vague, but construction can take place in the political branches as well. This distinction explicitly acknowledges what we might call the fact of constitutional underdeterminacy: the original meaning of the text does not fully determine constitutional doctrine or its application to particular cases. With this turn, original-meaning originalists explicitly embrace the idea that when the original public meaning of the text “runs out,” application of the linguistic meaning of the constitutional text to a particular dispute must be guided by something other than original meaning.

A construção só teria lugar quando o texto não for claro em seu sentido originário, e nesse ponto, Lawrence B. Solum, defende uma aproximação entre *Originalism* e as teorias que defendem a **Constituição Viva** (*Living Constitutionalism*)¹⁵⁷: *Once originalist theory (in some important instantiations) had acknowledged that vague constitutional provisions required construction, this step opened the door for reconciliation between originalism and living constitutionalism.*¹⁵⁸

Jack Balkin¹⁵⁹ defende uma “reconciliação” entre *original-meaning originalism with living constitutionalism according to a theory that might be called “the method of text and principle.”* The meaning of the “text” provides a constraining framework within which constitutional “principles” operate, “text” requires interpretation and the “principles” are matters of constitutional construction.

Nessa linha moderna de pensamento, os textos claros (regras, rule) demandam interpretação em sentido estrito, já os textos mais abertos (princípios, principles), demandariam uma atividade de construção de sentido.¹⁶⁰

Lawrence B. Solum conclui, que o termo *Originalism* é ambíguo e comporta linhas de pensamento bem distintas:¹⁶¹

¹⁵⁷ O conceito de *Living Constitutionalism* é bem formulado pelo Justice William Brennan da Suprema Corte Americana:

To remain faithful to the content of the Constitution, therefore, an approach to interpreting the text must account for the existence of the substantive value choices and must accept the ambiguity inherent in the effort to apply them to modern circumstances. The Framers discerned fundamental principles through struggles against particular malefactions of the Crown: the struggle shapes the particular contours of the articulated principles. But our acceptance of the fundamental principles has not and should not bind us to those precise, at times anachronistic, contours.

¹⁵⁸ Op.cit.p.16.

¹⁵⁹ Jack M. Balkin, “Abortion and Original Meaning”, 24 Const. Comment. 291 (2007).
_____. Original Meaning and Constitutional Redemption”, 24 Const. Comment. 427 (2007).

¹⁶⁰ Nessa linha podemos apontar: Jack Balkin e Keith Whittington e Randy Barnett.

¹⁶¹ Op.cit.p.41.

“Originalism” is an ambiguous term. The family of contemporary originalist constitutional theories contains substantial diversity, and there may be no single thesis upon which all self-described originalists agree. Despite the variety of originalist theories, there are two central ideas that serve as the focal point or core of contemporary originalism. Almost all originalists agree that the original meaning of the Constitution was fixed at the time each provision was framed and ratified. Most originalists agree that the original meaning of the Constitution should strongly constrain the content of constitutional doctrine.

Segue o autor, dizendo ser possível a conciliação entre o **Originalism** e a ideia de **Living Constitutionalism**:

Originalists and living constitutionalists may find common ground on very issues that they believe are the heart of the controversy. Once these misconceptions are cleared away, the new ground for contestation may look a bit different and new issues may take center stage.

Originalism and living constitutionalism can be debated on the intellectual merits, but that will only occur if participants in the debates view these theories in their best light and apply the principle of charity to the arguments of their opponents.

Podemos dizer que uma leitura meramente *textualista*, tem por base os elementos gramatical, estrutural, histórico e teleológico do texto examinado.

8.1.1.3. Interpretação x Construção Hermenêutica¹⁶²

É comum, entre os originalistas, como visto acima, a distinção entre *interpretação* e *construção*, a interpretação envolve a atividade de delimitação ou definição dos significados linguísticos em determinado contexto (ou conteúdo comunicativo) de um texto legal; *construção* denota a atividade através da qual se determina os efeitos legais (ou conteúdo legal) de um norma jurídica.

Lawrence B. Solum afirma:

Interpretation: The activity of discerning the linguistic meaning in context (or communicative content) of a legal text. (atividade de delimitação ou definição dos significados linguísticos em determinado contexto (ou conteúdo comunicativo) de um texto legal.)

¹⁶² LegalTheory Lexicon: Interpretation and Construction, consultado em 15/01/2021: <https://lsolum.typepad.com/legaltheory/2018/09/legal-theory-lexicon-interpretation-and-construction.html>

Construction: The activity of determining the legal effect (or legal content) of a legal text. (atividade através da qual se determina os efeitos legais (ou conteúdo legal) de um norma jurídica.)

Necessário, para melhor compreensão, definirmos alguns conceitos fundamentais quanto à expressão (palavra) *Sentido* (Meaning):

8.1.1.3.1. *Sentido Linguístico (Linguistic meaning)*

Indica o conteúdo ou significado linguístico de uma palavra, expressão, frase, se refere à pergunta “O que essa palavra significa?” ou “O que ele quis dizer com isso?”. Quando se pergunta o que um dispositivo legal (constitucional) quer dizer, se pergunta pelo sentido do texto jurídico examinado.

Por exemplo: CRFB/88, art. 1º, inciso:V – o *pluralismo político*.

Indicando a não adoção de um sistema *unipartidário* ou *bipartidário*, mas sim, um sistema com três ou mais partidos políticos.

8.1.1.3.2. *Sentido Teleológico (Teleological meaning)*

Aqui ganha importância o “por quê”, qual a *finalidade* que levou à edição do ato, o propósito do ato.

Por exemplo: CONSTITUCIONAL. GARANTIA DA SEGURANÇA INTERNA, ORDEM PÚBLICA E PAZ SOCIAL. **INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA** DOS ART. 9º, § 1º, ART. 37, VII, E ART. 144, DA CF. VEDAÇÃO ABSOLUTA AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE AOS SERVIDORES PÚBLICOS INTEGRANTES DAS CARREIRAS DE SEGURANÇA PÚBLICA. 1. A atividade policial é carreira de Estado imprescindível a manutenção da normalidade democrática, sendo impossível sua complementação ou substituição pela atividade privada. A carreira policial é o braço armado do Estado, responsável pela garantia da segurança interna, ordem pública e paz social. E o Estado não faz greve. O Estado em greve é anárquico. A Constituição Federal não permite. 2. Aparente colisão de direitos. Prevalência do interesse público e social na manutenção da segurança interna, da ordem pública e da paz social sobre o interesse individual de determinada categoria de servidores públicos. Impossibilidade absoluta do exercício do direito de greve às carreiras policiais. **Interpretação teleológica** do texto constitucional, em especial dos artigos 9º, § 1º, 37, VII e 144.

8.1.1.3.3. Sentido Aplicativo

Aqui o que se busca delimitar (ou definir) é o sentido de um texto legal em uma situação específica, as consequências e implicações relativas à incidência da norma jurídica em relação ao caso específico.

Por exemplo:

SÚMULA VINCULANTE 5

A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

8.1.1.3.4. Ambiguidade x Vagueza (Ambiguity x Vagueness)

Ambiguidade se dá quando a expressão (palavra ou texto legal) comportar mais de um sentido, por exemplo, a expressão “direito à liberdade”, podendo indicar “liberdade de expressão”, “liberdade religiosa”, “liberdade de locomoção”.

Vagueza denota imprecisão, incerteza quanto ao sentido, de uma expressão (palavra ou texto legal), existe uma fronteira indefinida entre sentidos possíveis, por exemplo, “dignidade humana”. É necessário se estabelecer, pelo processo de construção de sentido, um parâmetro (uma linha divisória, um padrão comparativo) que sirva para dar mais precisão quanto ao conteúdo do texto examinado.

Solum afirma que a interpretação, essencialmente, resolve a *ambiguity*, mas não resolve, de maneira adequada, o problema da *vagueza*; a *vagueness* é resolvida, pelo *processo de construção* de sentido.

Afirma ainda que: Interpretação e Construção estão imbricadas no processo hermenêutico. Quando um texto é *vago*, seu sentido é determinado pelo processo de construção hermenêutica; no caso de textos *ambíguos* seu sentido é *clarificado* (revelado) pela *interpretação*.

Após definido o sentido, pela construção ou interpretação, a *construção hermenêutica* se mostra necessária para se determinar os efeitos legais (ou conteúdo legal) de um norma jurídica.

A *interpretação* e *construção* são dois momentos, distintos e interligados, do processo hermenêutico.¹⁶³

¹⁶³ Fazendo um paralelo com o debate no Brasil, podemos fazer referências à discussão entre *interpretação* e *aplicação*, com particularidades inerentes a cada teoria, que não podem, de forma alguma, ser desconsideradas.

8.1.2. Não Interpretativista (noninterpretivists)

Para os não interpretativistas (também conhecidos nos EUA como **construtivistas**), o intérprete não está preso ao texto, vai além dele; aproximando-se de uma atuação mais *construtiva*, não se limita à descoberta de sentido do texto, participa da atividade criativa, de criação legal. Incorpora à decisão valores externos ao texto constitucional, valores que se modificam ao longo da história e acabam por influenciar na própria interpretação constitucional.

Não ficam presos a uma interpretação baseada na intenção do Constituinte (Founders) ou no texto em si pois, princípios constitucionais, como liberdade, democracia, justiça, igualdade integram o sistema constitucional e, conseqüentemente, devem ser considerados no processo de interpretação.

Podemos falar em *teorias procedimentais* e *teorias axiológicas* de interpretação.

Para as teorias procedimentais a função primária do Poder Judiciário é controlar os processos democráticos de decisão em cada sistema constitucional.

Conforme as *teorias* de base *axiológica* cabe ao judiciário promover uma leitura axiológica, valorativa, da Constituição.

The noninterpretivists go beyond mere interpretation by going beyond the text, importing values from current politics and incorporating them into judicial decisions.¹⁶⁴

8.2. Para além do binômio interpretativismo/não interpretativismo

8.2.1. Linha formalista/procedimentalista: (Ely; Sustain; Vermeule; Tushnet; Waldron)

Entre os **não interpretativistas** (com a observação já quanto à insuficiência da classificação) de viés formalista/procedimentalista podemos indicar as seguintes linhas de pensamento (todas distintas entre si):

¹⁶⁴ WHITTINGTON, Keith E. Constitutional Interpretation – Textual Meaning, Original Intent, & Judicial Review. Kansas, USA: University Press of Kansas, 1999.

8.2.1.1. *Procedimentalismo democrático de John Hart Ely (procedural democracy)*¹⁶⁵

Segundo essa visão, a função da jurisdição constitucional é garantir as regras do jogo democrático, a legitimidade do Poder Judiciário se dá pelo procedimento democrático, cabendo ao magistrado assumir seu papel de “reforço da democracia”, é uma visão procedimentalista de democracia (*procedural democracy*), em contraposição à visão substantia-
lista de democracia¹⁶⁶

The Constitution is fundamentally and exhaustively about securing procedural democracy. The only concern of the Constitution is to provide a forum for all competing value systems to be debated until a majority eventually settles on one to elevate above the rest. (ELY)

É justificável o ativismo judicial em defesa do procedimento democrático, em situações de desvirtuamento do processo político de decisão, quando as minorias não conseguissem exercer de maneira efetiva seu direito à participação política, cabendo, nesses termos, garantir direitos (materiais) que afetem a própria essência da manifestação democrática, por exemplo, direito à comunicação, direito à participação, liberdade de expressão, direito à participação política, liberdade de imprensa, em nome do Estado, verdadeiramente, Democrático. Os demais direitos em si dependeriam do resultado do jogo democrático, do debate político.

Ely diz que muitas das decisões mais controvertidas da Corte Warren, conhecida por seu acentuado ativismo judicial, *dizem respeito ao processo ou outras questões referentes aos procedimentos judiciais ou administrativos que devem ser cumpridos para que o Estado possa impor um dano grave aos indivíduos - decisões de teor processual, no sentido mais comum da palavra*, e, havia, também, uma preocupação, em um sentido mais abrangente, com o procedimento por meio do qual as leis são produzidas, que constavam de outras decisões dessa fase.

Podemos falar em **ativismo procedimental**.

Mesmo as decisões da Corte Warren que se valiam da *igualdade* como fundamento, o faziam em um viés procedimental. Quando equiparava em nome da igualdade minorias discriminadas, ou não tratadas de forma igualitária. Em especial, como ensina Ely, *as minorias raciais*,

¹⁶⁵ ELY, John Hart. *Democracy and distrust*. Massachusetts: Cambridge, Harvard University Press, 1980.

¹⁶⁶ A visão substantiva de democracia aceita que juízes façam escolhas e profiram decisões baseadas em argumentos morais e éticos.

*estrangeiros, filhos ilegítimos, os pobres. O faz contudo, sem anunciar que determinado direito X era ou não fundamental e deveria ser garantido por si só, a Corte fundamentou sua decisão argumentando que, uma vez que houvesse uma decisão política que decidisse contemplar determinado grupo de pessoas (em geral, pessoas como eles mesmos), eles tinham o dever de garantir que todos fossem igualmente contemplados ou protegidos, salvo justificação argumentativa e logicamente convincente quanto ao por que da distinção ou do tratamento desigual. São, portanto, esses os dois campos de atuação da Corte Warren, (1) garantir acesso ou desobstruir os canais de decisão política e, (2) corrigir discriminações contra minorias.*¹⁶⁷

A teoria *procedimental* de John Hart Ely, preconiza que cabe ao *judicial review* promover os canais de representação política e não valores *morais*, o que se justifica pois, em razão do judiciário está mais familiarizado que questões de índole processual, e, ficando à margem do *jogo político* estaria mais habilitado para executar tal controle.¹⁶⁸

A razão de ser do direito constitucional, e das constituições democráticas, seria garantir amplo acesso ao processo democrático de decisão em sentido *lato*, cabendo a Judiciário intervir quando os canais de representação política não forem confiáveis (*distrust*), e não, interferir em situações em que as decisões políticas fossem tomadas através de um processo político de decisão legítimo, democrático.

8.2.1.2. *Minimalismo Judicial (judicial minimalista) de Cass R. Sunstein*¹⁶⁹

Segundo essa linha de pensamento o Poder Judiciário não tem qualquer compromisso social, não é essa a função do Poder Judiciário, a premissa básica é que os juízes, no curso de um processo judicial, não devem se arvorar em apresentar respostas substanciais e definitivas para os jurisdicionados, a Jurisdição (Constitucional) e a própria Teoria da Constituição não se prestam como salvaguarda moral ou ‘guardiões

¹⁶⁷ ELY, John Hart. *Democracy and distrust*. Massachusetts: Cambridge, Harvard University Press, 1980.

_____. *Democracia e Desconfiança*. São Paulo, Martins Fontes, 2010.p.98.

¹⁶⁸ ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança*. São Paulo, Martins Fontes, 2010.p.117.

¹⁶⁹ Sunstein, Cass R. *One Case At a Time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard, 1999.

_____. *Legal Reasoning and Political Conflict*. New York: Oxford University Press, 1996.

_____. *Radicals in Robes*. New York: Basic Books, 2005.

morais', o juízes devem se ater às questões essenciais para solução do caso concreto e evitar decidir questões complexas que dependam de maior maturação (*ripe*) política, é o chamado '*silêncio construtivo*', '*constructive silence*'.

Deve o magistrado evitar ao máximo estabelecer posições morais ou políticas definitivas que não seja fundamentais para julgar a questão em exame. O *locus* adequado para o debate democrático não é o Poder Judiciário, e sim o Legislativo.

Os tribunais devem se ater ao essencial para solução do caso concreto submetido a exame, evitando adoção de regras gerais abertas e teorias abstratas, não interferindo em discussão morais controvertidas, evitando juízos morais e políticos abrangentes, não devem os tribunais decidirem com base em questões que ainda não estejam social e politicamente maduras (*ripe*), devem se abster, se manter afastado do debate político em relação a esses temas, devem evitar posições definitivas, deixando as coisas em aberto para discussão no *locus* próprio.

Uma decisão judicial *minimalista* apresenta duas dimensões fundamentais, *superficialidade* e *estreiteza*:

Shallowness (superficialidade): devem, as decisões judiciais, serem rasas, superficiais na medida em que se fundamentam em regras jurídicas específicas e não em princípios constitucionais fundamentais, genéricos, abstratos; deve ser evitada discussão morais e teóricas profundas, deve-se decidir com base em regras, não em princípios;

Narrowness (estreiteza): o juiz deve se limitar ao caso concreto sem referência a como serão decididos casos futuros semelhantes ou análogos; as decisões judiciais devem se limitar ao estritamente necessário para julgar o caso concreto sob exame.¹⁷⁰

¹⁷⁰ Recentemente (04/06/2018) a Suprema Corte Americana, no caso Masterpiece Cakeshop vs Colorado, decidiu, por 7x2, favoravelmente ao confeitiro que se recusou a fazer um bolo de casamento para um casal homossexual, na decisão, a Corte fez expressa referência ao caso concreto em exame, não adentrando em outras discussões mais amplas, e que não eram essenciais ao caso, quanto à discriminação contra homossexuais, limitando a decisão ao contexto do caso em análise e evitando considerações em relação a casos futuros.

Vejamos:

In this case the adjudication concerned a context that may well be different going forward in the respects noted above. However later cases raising these or similar concerns are resolved in the future, for these reasons the rulings of the Commission and of the state court that enforced the Commission's order must be invalidated.

The outcome of cases like this in other circumstances must await further elaboration in the courts, all in the context of recognizing that these disputes must be resolved with tolerance,

Os minimalistas, por uma questão, também, pragmática, entendem que decisões judiciais *estreitas e superficiais* (decisões minimalistas) reduzem o ‘custo’ judicial, diminuem a taxa de reprovação política e social das decisões, evitando a ‘perda de legitimidade’ da jurisdição constitucional, mantendo em aberto os canais de deliberação política, contribuindo para evolução da própria democracia e, reduzindo os riscos de ‘erros judiciais’, tendo em conta a reduzida capacidade dos juizes para examinar de forma precisa as consequências práticas de suas decisões.

Lembrando, como visto, que Cass Sustein admite o *originalismo* de viés pragmático, excepcionalmente.¹⁷¹

8.2.1.3. *Formalismo Institucional de Adrian Vermeule*¹⁷²

Adrian Vermeule propõe uma nova configuração ao processo de interpretação, mudando do enfoque substancial para o enfoque *institucional*. O objetivo da interpretação não seria analisar como o texto deve ser interpretado, mas sim quais procedimentos determinadas instituições, com capacidades institucionais específicas, devem utilizar para interpretar o texto, importa pois, examinar as capacidades empíricas de interpretação de cada instituição, e também os efeitos sistêmicos das abordagens interpretativas (*consequentialist*).

O autor rejeita as teorias que reivindicam conceitos abstratos como *democracia* (Ely) ou *igual proteção e consideração*, que fundamentam a teoria da Integridade de Dworkin, por exemplo.

Essa concepção não crê na capacidade do juiz de decidir todas as questões com base em argumentos racionais, abstratos e absolutos, por fatores diversos, limitação cognitiva (capacidade de conhecimento), limites técnicos, limites de tempo, de informação.

A partir da ideia de *incapacidade fática*, nasce o que o autor chamou de *dilema institucionalista*, devendo os juízes adotarem um procedimento

without undue disrespect to sincere religious beliefs, and without subjecting gay persons to indignities when they seek goods and services in an open market...

¹⁷¹ SUSTEIN. Originalism, consultado em 28/06/2018: <http://ndlawreview.org/wp-content/uploads/2018/06/11-Sunstein.pdf>

¹⁷² Vermeule, Adrian e Sunstein, Cass, Interpretation and Institutions. Michigan Law Review, 2003.

_____. Judging under uncertainty - As institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

de interpretação de bases empíricas, uma posição de auto-restrição, limitando suas aspirações interpretativas, tendo por base uma leitura *literal*, no caso de textos objetivos e claros e, no caso de textos ambíguos ou plurisignificativos, devem buscar amparo na interpretação dada por órgãos mais preparados, tecnicamente, para esse fim (agências reguladoras, tribunal de contas, Poder Legislativo...).

Tal sistema defende uma análise baseada na (in)capacidade institucional (técnica) dos intérpretes e dos efeitos sistêmicos da decisão.

Sarmento¹⁷³, no desenvolvimento de sua *teoria prescritiva*, diz que os intérpretes da constituição não são semi-deuses do Olimpo, mas agentes humanos concretos, com virtudes e deficiências.

Os intérpretes, portanto, agem, em regra, no interior das instituições, por exemplo, do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, Tribunais de Contas etc., nessa perspectiva, seria mais adequado uma teoria que tenha por fundamento, em uma visão mais *realista*, as **capacidades institucionais do intérprete**.

Uma *Teoria Institucionalista* aponta para a necessidade de se reconfigurar arquitetura institucional, tendo por fim uma estrutura sistêmica/interpretativa mais adequada para as instituições democráticas que compõe o Estado, superando as concepções tradicionais interpretativas (que atribuem a palavra final a um ou outro Poder) e construindo um novo modelo, modelo que garanta um processo político de decisão estável, não assimétrico, reduzindo a carga de ativismos (judicial e legislativo), por consequência, mais dialógico (conferir item referente à Teoria dos Diálogos Institucionais), por parte das *instituições constitucionais*.

Não resta dúvida que o Poder Judiciário continua a ser ator destacado na defesa e garantia de direitos fundamentais e da Constituição de maneira geral.¹⁷⁴ Contudo, nas modernas sociedades, complexas e pluralistas, não seria democrático, plural, atribuir apenas a um Poder Constitucional, no caso ao Poder Judiciário (ou qualquer outro), a última palavra, a interpretação exclusiva e final quanto ao sentido da constituição, tampouco, desconsiderar o aspecto prático do funcionamento e do comportamento das instituições políticas do Estado, seus processos de decisão e suas consequências práticas para outras esferas de interesse.

¹⁷³ Sarmento, em: Fernandes. *Interpretação Constitucional*. p. 151.

¹⁷⁴ Conforme artigo 102, *caput*, da CRFB/88, cabe ao STF a guarda da Constituição: Art. 102. **Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição...**

O STF não desconhece essa ideia e, em casos em que se exige um conhecimento e exame mais técnico, vem valorizando outras instituições no processo de interpretação constitucional.¹⁷⁵

Vejamos caso em que o STF após declarar a mora do Legislador (inconstitucionalidade por omissão), delegou ao Tribunal de Contas, a tarefa de suprir, provisoriamente, a mora legislativa, enquanto o legislador não edite a respectiva lei, tendo em conta ser o TCU, e não ele STF, a **instituição mais adequada, tecnicamente, para cumprir temporariamente essa incumbência:**

O Plenário, em conclusão, julgou procedente ação direta de inconstitucionalidade por omissão ajuizada em face de alegada lacuna legislativa,

¹⁷⁵ Idade mínima para ingresso na educação infantil e no ensino fundamental

O Plenário iniciou julgamento conjunto de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e de ação declaratória de constitucionalidade (ADC) em que se discute a idade mínima para ingresso na educação infantil e no ensino fundamental.

Na ADC, na qual já proferidos os votos do ministro Edson Fachin (relator) e do ministro Alexandre de Moraes (Informativo 879), pretende-se o reconhecimento da constitucionalidade dos artigos 24, II, 31 e 32, “caput”1, da Lei 9.394/1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional (LDB).

Na ADPF, questionam-se os artigos 2º, 3º e 4º2 da Resolução 6/2010 e dos artigos 2º e 3º3 da Resolução 1/2010, ambas da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação (CNE), que definem, respectivamente, as diretrizes operacionais para a matrícula no ensino fundamental e na educação infantil, e as diretrizes operacionais para a implantação do ensino fundamental de nove anos.

O ministro Roberto Barroso proferiu voto-vista na ADC, no sentido de julgar procedente o pedido, para declarar a constitucionalidade dos dispositivos analisados. Acompanhou o voto do ministro Fachin no tocante à declaração de constitucionalidade da LDB. Por outro lado, não o acompanhou na parte em que declarou a inconstitucionalidade da resolução do CNE. Para ele, é constitucional a exigência de seis anos de idade para o ingresso no ensino fundamental, cabendo ao Ministério da Educação a definição do momento em que o aluno deverá preencher o critério etário.

O ministro Barroso se referiu ao critério da capacidade institucional e observou que a resolução do CNE é respaldada por parecer do Conselho Federal de Psicologia. Entendeu que, em questões técnico especializadas, se a decisão do órgão competente for razoável e devidamente justificada, o Poder Judiciário deve ter, em relação a ela, uma atitude de deferência e de autocontenção. Ou seja, como regra geral, o Judiciário deve respeitar as escolhas políticas tomadas pelo Legislativo e as decisões técnicas tomadas pelos órgãos especializados competentes, não cabendo a elas se sobrepor, salvo no caso de usurpação de competência, inobservância de devido processo legal ou manifesta falta de razoabilidade da decisão. ADPF 292/DF, rel. Min. Luiz Fux e ADC 17/DF, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 25.5.2018. (ADPF-292) (ADC-17)

no tocante à edição, pelo Congresso Nacional, da lei complementar prevista no art. 91 do ADCT, incluído pela Emenda Constitucional 42/2003 (“Art. 91. A União entregará aos Estados e ao Distrito Federal o montante definido em lei complementar, de acordo com critérios, prazos e condições nela determinados, podendo considerar as exportações para o exterior de produtos primários e semi-elaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, ‘a’”) — v. Informativo 848. O Colegiado declarou haver mora, por parte do Congresso Nacional, em editar a aludida lei complementar. Fixou, por maioria, o prazo de doze meses para que seja sanada a omissão. O Tribunal estabeleceu, também por decisão majoritária, que, na hipótese de o mencionado prazo transcorrer “in albis”, caberá ao Tribunal de Contas da União (TCU): a) fixar o valor total a ser transferido anualmente aos Estados-Membros e ao Distrito Federal, considerando os critérios dispostos no art. 91 do ADCT, a saber, as exportações para o exterior de produtos primários e semielaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, “a”, do texto constitucional; b) calcular o valor das quotas a que cada um fará jus, levando em conta os entendimentos entre os Estados-Membros e o Distrito Federal realizados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz). Determinou, ainda, que se comunique ao TCU, ao Ministério da Fazenda, para os fins do disposto no § 4º do art. 91 do ADCT, e ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, para adoção dos procedimentos orçamentários necessários ao cumprimento da presente decisão, notadamente no que se refere à oportuna inclusão dos montantes definidos pelo TCU na proposta de lei orçamentária anual da União. Vencidos, no particular, os ministros Marco Aurélio, Teori Zavascki e Cármen Lúcia (Presidente), que não subscreviam as determinações dirigidas ao TCU. Está, portanto, configurado o estado de inconstitucionalidade por omissão, em razão de mora do Poder Legislativo. Diante disso, considerou necessário adotar solução no sentido de, decorrido “in albis” o prazo de doze meses estipulado para que o Legislativo saneie a omissão, caber ao TCU, enquanto não sobrevier lei complementar, a competência para definir anualmente o montante a ser transferido, na forma do art. 91 do ADCT, considerando os critérios ali dispostos. Por fim, explicou que o TCU é a instituição mais adequada para cumprir temporariamente essa incumbência

(CF, art. 161, parágrafo único). Ademais, é o órgão escolhido pelo legislador para o cálculo da participação de cada Estado-Membro ou do Distrito Federal na repartição da receita tributária a que se refere o art. 159, II, da CF. Caberá, assim, aos Estados-Membros e ao Distrito Federal proceder na forma do § 4º do art. 91 do ADCT, de modo a apresentar à União, nos termos das instruções baixadas pelo Ministério da Fazenda, as informações relativas ao imposto de que trata o art. 155, II, da CF, declaradas pelos contribuintes que realizarem operações ou prestações com destino ao exterior, a fim de subsidiar o TCU na fixação do montante a ser transferido, bem como das quotas a que terão direito os entes federados. Advindo a lei complementar, cessa a competência da Corte de Contas, conferida de forma precária e excepcional. ADO 25/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 30.11.2016. (ADO-25)

Nessa mesma linha manifestação, em voto divergente, do ministro L. Roberto Barroso na ADI:

Ato jurídico perfeito e retroatividade de índices de atualização de preços-

O Plenário iniciou julgamento de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada em face do art. 26 da Lei 8.177/1991, que determina que as operações de crédito rural, contratadas junto às instituições financeiras, com recursos oriundos de depósitos à vista e com cláusula de atualização pelo Índice de Preços ao Consumidor (IPC), passem a ser atualizadas pela Taxa Referencial de Juros (TR).

O autor sustenta que o preceito legal impugnado, ao atingir operações de crédito rural contratadas anteriormente à sua vigência, vulnera o ato jurídico perfeito, a configurar, portanto, ofensa à vedação constitucional da retroatividade das leis [Constituição Federal (CF), art. 5º, XXXVI (1)].

O ministro Ricardo Lewandowski (relator) julgou procedente o pedido formulado na ação direta, no que foi acompanhado pelo ministro Alexandre de Moraes.

O relator afirmou que, tal como redigido, o dispositivo impugnado atinge o ato jurídico perfeito, no caso, contratos que foram celebrados anteriormente à sua vigência.

O fato de o Banco Central do Brasil (BCB) ter admitido não aplicar o dispositivo retroativamente e de a Advocacia-Geral

da União ter-se manifestado pela inconstitucionalidade da aplicação retroativa dessa norma não implica a prejudicialidade da ação direta, porque se trata de ato normativo que ostenta caráter geral e abstrato. Cabível, portanto, o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade.

O ministro Alexandre de Moraes ressaltou que, no caso, não se discute a utilização da TR ou do IPC – que seria decisão política do Congresso Nacional e do presidente da República –, mas sim a aplicação retroativa da norma aos contratos já existentes.

Em divergência, o ministro Roberto Barroso julgou improcedente o pedido formulado na ação direta. Afirmou que a revisão judicial de índices de correção monetária editados pelo legislador requer uma postura de autocontenção judicial, seja em respeito à investidura popular que caracteriza o Poder Legislativo, seja em respeito à complexidade técnica inerente ao tema. Isso porque o Poder Judiciário não tem capacidade institucional para avaliar os efeitos de eventuais mudanças dos índices de correção monetária na economia.

Ao utilizar a TR como critério de correção, o legislador curvou-se à dinâmica do mercado, o que constitui uma escolha que a ele cabe e que se mostra legítima. Como decidido na ADI 493, a TR reflete, com propriedade, a dinâmica presente no mercado do dinheiro e as suas peculiaridades, sendo muito mais apropriada para a operação de crédito rural do que qualquer índice de preços que mensure o fenômeno inflacionário.

É razoável que se exija do Estado a correção de suas dívidas por índice oficial de preços, uma vez que o sistema de pagamento por precatórios é obrigatório e regulamenta a forma de pagamento dos débitos da Fazenda com seus cidadãos. No entanto, a situação é distinta em operações de crédito rural, nas quais as partes, voluntariamente, aderem às condições de financiamento impostas pela lei e demais regulações dos órgãos administrativos, como o BCB.

Em seguida, o ministro Marco Aurélio pediu vista dos autos. ADI 3005/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 20.3.2019. (ADI-3005)

Temos ainda posição da Primeira Turma do STF no mesmo sentido:

Decisões do CADE e atuação do Poder Judiciário

A Primeira Turma negou provimento a agravo regimental interposto contra decisão que, ao entender ser impossível a análise do mérito de ato administrativo, bem como o incursionamento no conjunto fático-probatório dos autos, negara provimento a recurso extraordinário.

No caso, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) restabeleceu decisão sancionadora do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) proferida em processo administrativo.

A Turma afirmou que a capacidade institucional na seara regulatória, a qual atrai controvérsias de natureza acentuadamente complexa que demandam tratamento especializado e qualificado, revela a reduzida expertise do Judiciário para o controle jurisdicional das escolhas políticas e técnicas subjacentes à regulação econômica, bem como de seus efeitos sistêmicos.

O dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por entidades reguladoras repousa em duas premissas: i) a falta de conhecimento técnico e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos especializados; e (ii) a possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa.

A expertise técnica e a capacidade institucional do CADE em questões de regulação econômica demandam uma postura deferente do Poder Judiciário ao mérito das decisões proferidas pela autarquia. O controle jurisdicional deve cingir-se ao exame da legalidade ou abusividade dos atos administrativos, consoante a firme jurisprudência desta Suprema Corte.

No caso, o CADE, após ampla análise do conjunto fático e probatório dos autos do processo administrativo, examinou circunstâncias fáticas e econômicas complexas, incluindo a materialidade das condutas, a definição do mercado relevante e o exame das consequências das condutas das agravantes no mercado analisado. No processo, a autarquia, no âmbito de sua competência legal, concluiu que a conduta perpetrada pelas agravantes se enquadraria nas infrações à ordem econômica previstas nos arts. 20, I, II e IV, e 21, II, IV, V e X, da Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste).

Além disso, divergir do acórdão recorrido demandaria o reexame de fatos e provas, o que não se revela cognoscível em recurso extraordinário diante do óbice erigido pelo Enunciado 279 da Súmula do Supremo Tribunal Federal (1) (STF).

Enunciado 279 da Súmula do STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.” RE 1083955/DF, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 28.5.2019. (RE-1083955)

8.2.1.4. Populist Constitutional Law/ Constitucionalismo Popular de Mark Tushnet¹⁷⁶

Segundo o autor, sua teoria é populista porque divide a responsabilidade (share the duty) interpretação constitucional, portanto, a interpretação judicial não possui primazia, ou maior peso normativo em relação a interpretação feita por outro órgão ou instituição estatal.

Tushnet é crítico do *judicial review*, e sustenta que o Poder Judiciário não é a instância mais adequada para resolver temas conflituosos sobre direitos fundamentais, cabendo às instâncias de representação democráticas resolverem tais questões.

O professor de Harvard diferencia Constituição Densa (Thick Constitution–Constituição Grossa) de Constituição Tênu (Thin Constitution–Constituição Fina), a primeira trata de estabelecer normas de organização do Estado, a Constituição seria essencialmente norma de organização, não há conflito popular quanto à interpretação dessas normas, não dispõe de “interesse popular”; já a Constituição Tênu, fala Daniel de Almeida, “é composta pelas garantias fundamentais de igualdade, liberdade de expressão e liberdade, esse conteúdo está previsto especialmente na Declaração de Independência e no Preâmbulo da Constituição”, e, o Parlamento seria o *locus* legítimo para promover a interpretação dos valores constitucionais, de definir seu sentido.¹⁷⁷

Defende o autor uma ampliação das opiniões em torno das questões constitucionais para além dos limites fechados do Poder Judiciário, retirar a última palavra do Poder Judiciário, seria uma forma alternativa de controle de constitucionalidade, poderíamos falar em um controle de constitucionalidade fraco pois, embora os juízes pudessem, ainda, exercer controle de constitucionalidade, não teriam o monopólio da *última palavra*, uma vez que seria possível

¹⁷⁶ Tushnet, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. 1999; *Popular Constitutionalism as Political Law*. Chicago: Chicago-Kent College of Law, 2006.

¹⁷⁷ OLIVEIRA, Daniel de Almeida. *Críticas Contemporâneas ao Judicial Review*, pág. 62/63.

às maiorias parlamentares, de forma simplificada e objetiva, superar decisões judiciais que entendam inadequadas.

A participação popular nessa linha de pensamento é fundamental, autoriza os cidadãos a participarem de forma efetiva da interpretação constitucional, se manifestarem sobre o sentido da Constituição, a legitimidade da Constituição, o *judicial review*, depende dessa interação com a sociedade, dessa mediação popular, em que se valorizaria o papel da sociedade no debate público.

O *judicial review* encontraria limite na *opinião pública contemporânea*, na visão atual da sociedade, devendo pautar a interpretação constitucional a partir desse *sentimento social*.

A interpretação emanada dos tribunais não possuem qualquer primazia sobre a interpretação emanada de qualquer outro Poder (ou órgão do Estado).

A atuação contramajoritária enfraquece a legitimidade do *judicial review* em relação aos demais Poderes do Estado, popularmente legítimos, o Poder Executivo, e principalmente, o Poder Legislativo, legitimado pela representação popular e com a função típica de elaborar *leis* que reflitam esse sentimento popular.

As Cortes Constitucionais (o *judicial review*, o controle jurisdicional de constitucionalidade) deve ser severamente mitigado, criando-se instrumentos de superação das decisões judiciais pelo Parlamento, por procedimentos legislativos simplificados, uma forma de ativismo Congressional.¹⁷⁸

Essa *mitigação* de poder das Cortes supremas pode se dar por meios mais sutis, a subserviência, deferência, consequencialismo nas decisões, adequação da jurisprudência ao “sentimento popular”, muitas vezes subvertendo o sistema constitucional, verdadeiramente *reescrevendo a constituição*, de maneira a adequá-la ao sentimento do povo.

O ministro Luiz Fux, presidente do Supremo Tribunal Federal, na abertura do VIII Fórum Jurídico de Lisboa:¹⁷⁹

“Assistimos recentemente ao grande espetáculo das eleições, onde se manifesta o desejo do povo”, afirmou o ministro, apontando que, por meio do voto, a sociedade manifesta a soberania popular e escolhe os representantes que correspondem ao seu sentimento constitucional –

¹⁷⁸ Conferir: 12. Ativismo Congressional

¹⁷⁹ Consulta em 10/02/2021: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=455455>

que não se deve confundir com a opinião pública, que é uma “paixão passageira”. Para Fux, as Cortes Superiores devem buscar legitimidade ao exprimir, em suas decisões, esse sentimento sólido. “O Judiciário sem democracia é um corpo sem alma”.

O Constitucionalismo popular (ou populista) insiste que os juizes devem respeitar um suposto “sentimento popular, que não se deve confundir com opinião pública”, são expressões com baixa densidade, vagas, o sentimento popular seria refletido nas eleições (?), eleições são movidas, em grande medida, por emoções, não raro, paixões passageiras. Em sociedades, cada dia mais, complexas a dificuldade se acentua; a análise seria, apenas, quantitativa, majoritária?

Como “captar esse sentimento” (?), como as decisões poderiam exprimir um “sentimento sólido”(?); em Constituições como a Brasileira, permeada por valores, existiria uma ordem valorativa superior (?), um sentimento popular a orientar a interpretação constitucional (?), sendo essa a função das Cortes Constitucionais, seria absolutamente dispensável o *judicial review*, como já preconizado em momentos de maior radicalismo, por essa orientação doutrinária.

A ideia de *checks and balances* é extremamente enfraquecida.

8.2.1.5. *Procedimentalismo Crítico de Jeremy Waldron*¹⁸⁰

Waldron pode ser incluído, em um amplo espectro, entre um dos mais respeitados críticos do sistema de *judicial review* ou controle jurisdicional de constitucionalidade e, vem defendendo (em tempos atuais, com mais moderação) uma restrição do controle jurisdicional; segundo sua ideia, em sociedades com democracias consolidadas, o direito se legitima a partir de um único consenso, qual seja, consenso sobre o processo de decisão, haveria uma adesão *moral* ao procedimento democrático de decisão, ou através do que chamou de *circunstâncias políticas* (falta de consenso na tomada de decisão) surgiria a necessidade de criação do Direito, logo a legitimidade do próprio Direito reside no procedimento para sua criação, ou através de um processo legislativo

¹⁸⁰ Waldron, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999. _____. *When Justice Replaces Affection: the need for rights*. *Harvard Journal of Law*, 1988.

_____. *Particular Values and Critical Morality*, in: *Liberal Rights*. Cambridge University Press. 1993.

legítimo (democrático), baseado na igualdade de participação política. Restando ao Judiciário examinar questões técnico-jurídicas, sem invadir discussões morais e políticas.

Como já disse Jeremy Waldron, ainda que exista de fato uma resposta correta (como defendido por Ronald Dworkin), não obteremos consenso a respeito, sendo necessário pensar nos procedimentos capazes de resolver os desacordos, via processo democrático.¹⁸¹

G. Morbach diz que a teoria de Jeremy Waldron se situa entre o Positivismo (*legal positivismo*) e a teoria do Direito como Integridade, de R. Dworkin; não podendo ser caracterizado de forma simplista como Positivismo meramente Normativo, é uma teoria muito mais rica e complexa, capaz de conciliar aspectos da duas teorias “opostas”, podendo ser caracterizado como uma terceira teoria.

8.2.2. Teoria da Justiça (Liberalismo Igualitário) de John Rawls¹⁸²

Rawls adota uma postura *construtivista* (construtivismo Kantiano)¹⁸³ invertido) para desenvolver sua Teoria da Justiça como Equidade, onde

¹⁸¹ Veja exemplo recente sobre o que diz Jeremy Waldron:

A República da Irlanda realizou no dia 25/05/18 plebiscito sobre a questão do aborto. Proibido em 1983 por uma emenda constitucional, e capaz de levar à prisão perpétua a mãe e o médico responsável, cerca de 3,5 milhões de irlandeses foram chamados a decidir sobre a revogação da referida oitava emenda, após uma acalorada campanha. A questão se tornara mais polêmica com a morte em 2012 de Savita Halappanavar, de 31 anos, que, mesmo apresentando complicações obstétricas, não obteve autorização para fazer o aborto e morreu de septicemia. O resultado foi amplamente favorável à legalização do aborto (mais de 60%), e muitos irlandeses e sobretudo irlandesas que estavam no exterior retornaram ao país somente para votar.

¹⁸² RAWLS, John. *A Theory of justice*. Cambridge: Harvard Press, 1999, *Political and Liberalism*. New York: Columbia Press, 1993.

_____. *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.

¹⁸³ Rawls: “...embora eu considere a Teoria da Justiça como Equidade uma doutrina Kantiana, ela difere da doutrina propriamente dita de Kant em pontos importantes. Para começar, minha teoria atribui certa prioridade ao social. Assim, o objeto primeiro da justiça é a estrutura básica da sociedade; os cidadãos devem chegar a um acordo público sobre essa concepção de justiça cujo primeiro objeto é a estrutura social. Esse acordo é interpretado por meio do acordo unânime na posição original. Ao contrário, na análise de Kantiana do imperativo categórico se aplica às máximas pessoais de indivíduos sinceros e conscienciosos em sua vida cotidiana. Assim Kant parte do caso particular, e até mesmo pessoal, da vida cotidiana. A

a própria ideia de concepção de *Justiça* está fundada no procedimento construtivista da posição original¹⁸⁴, baseada em dois pilares substantivos, Liberdade e Igualdade.¹⁸⁵

Rawls, contratualista, defendia que na *posição original* (uma metáfora do contrato social), pessoas livres e racionais definem a partir de um acordo unânime a estrutura básica da sociedade, esse acordo exige certas condições para que as escolhas sejam legítimas e justas, o autor cria então a ideia de *véu da ignorância*, para explicar esse *procedimento de decisão*, vejamos como o próprio Rawls descreve essa condição:¹⁸⁶

"Se quisermos certificar-nos de que a posição original é equitativa em relação aos indivíduos, considerados unicamente como pessoas morais livres e iguais, deveremos exigir que, no momento de adotar os princípios para estrutura básica, os parceiros fiquem privados de certas informações. Eles são colocados por trás do que eu denominei um véu da ignorância. Por exemplo, eles não conhecem seu lugar na sociedade nem seu status social, não conhecem tampouco o seu quinhão na distribuição de talentos ou dons naturais. Pressupor-se-á igualmente que não conhecem sua própria concepção do bem, isto é, seus fins últimos particulares e, para concluir, que ignoram suas tendências e suas disposições psicológicas específicas. É necessário excluir essa informação caso se queira que ninguém tenha alguma vantagem ou desvantagem pelas contingências naturais ou pelo acaso social na adoção dos princípios. De outro modo, os parceiros disporiam de triunfos disparatados nas negociações, os quais afetariam o acordo concluído. A posição original representaria os parceiros não unicamente como pessoas morais, livres e iguais, mas como pessoas afetadas pelo acaso social e pelas contingências naturais. Por isso esse gênero de limitações de informação é necessário a fim de fazer imperar a equidade nos relacionamentos entre os parceiros, tratando-os como pessoas livres e iguais, e para garantir que é nessa capacidade que os parceiros chegam a um acordo sobre os princípios básicos da justiça social".

teoria da justiça como equidade procede de modo inverso. Sua construção se inicia com um acordo coletivo unânime que rege a estrutura básica da sociedade, e a seguir todas as decisões dos indivíduos e das associações devem ser tomadas nesse contexto e em conformidade com esse acordo anterior." Op. cit. p. 107.

¹⁸⁴ Rawls. *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 131

¹⁸⁵ Alguns autores falam em **modelo substancialista** de democracia em contraposição ao modelo procedimentalista, nesse sentido, por todos: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 97.

¹⁸⁶ Op. cit. p. 57/58.

Podemos falar, com Rawls, que a *posição original* comporta um elevado grau de justiça processualística pura, pois, na *posição original*, quaisquer que sejam os princípios selecionados eles serão justos. O recurso à ideia de justiça processualística pura, implica dizer que os princípios de justiça são construídos por um processo de deliberação, *processo que se torna visível graças à deliberação dos parceiros na posição original*.

Significa que, *em suas deliberações, os parceiros não precisam aplicar os princípios de justiça estabelecidos anteriormente*.¹⁸⁷

O resultado das escolhas feitas a partir da *posição original* serão entendidos como bons princípios de justiça.¹⁸⁸

É o *véu da ignorância* que garante que os princípios de justiça sejam selecionados em condições de *igualdade* e *equidade* e, os *bens primários* impulsionam as motivações minimamente necessárias para deflagrar um situação que possibilite escolhas racionais

Sumarizando, a *constituição* estabelece (ou deve estabelecer) um justo procedimento político e abrange restrições que ao mesmo tempo protegem as liberdades básicas e garantem a sua prioridade, fundado nos princípios da liberdade e igualdade. O resto pertence à etapa legislativa. Uma Constituição desse tipo está em conformidade com a ideia tradicional de governo democrático, abrindo espaço, ao mesmo tempo, para a instituição da revisão dos processos à luz da constituição (judicial review).

O razoável condiciona o racional¹⁸⁹, ou como dizia Rawls: “O Razoável pressupõe e condiciona o Racional”.¹⁹⁰

¹⁸⁷ Op.cit.p.58/59.

¹⁸⁸ Para a *justiça processualística pura*, existe **um procedimento correto ou justo, que leva a um resultado, igualmente, correto e justo, seja qual for o resultado**. O que é justo se define pelo resultado do procedimento *correto* adotado, como dito, qualquer que seja o resultado; diferentemente do que acontece com a *justiça processualística perfeita*, para esta, existe, previamente (critério exterior) princípios anteriores e independentes que limitam as escolhas sobre o que é ou não justo. Rawls diz que, em uma justiça *procedimental perfeita*, “há, primeiramente, um critério independente para definir o que é justo, um critério definido em separado e antes do processo que se deverá seguir e, em segundo lugar, é possível elaborar um método que com certeza produzirá o resultado desejado.

¹⁸⁹ O *racional* representa a busca, por parte de cada indivíduo, da satisfação de seus interesses e remete ao *Bem*; o *razoável* representa limitações dos termos equitativos da cooperação social e remete ao *Justo*.

¹⁹⁰ A cada etapa de construção das estruturas da sociedade, o Razoável condiciona o Racional, que lhe está subordinado. Descritivamente podemos assim descrever as etapas: Os parceiros na posição original são indivíduos representativos racionalmente autônomos, limitados pelos cerceamentos razoáveis que comportam a posição

Daniel Sarmento¹⁹¹, desenvolvendo sua *teoria prescritiva* sobre a hermenêutica constitucional, diz ser necessário se acrescentar uma pauta substantiva que direcione e possibilite uma avaliação crítica das pré-compreensões, reduzindo com isso o risco de decisionismos judiciais, essa *pauta*, defendida pelo autor, seria representada pela concepção de que todas as pessoas devem ser tratadas como livres e iguais.

É a ideia de democracia substancial (Liberalismo Igualitário).

8.2.3. Comunitarismo (MacIntyre; Taylor; Walzer; Sandel)¹⁹²

A visão *comunitarista* vincula a ideia de *justiça* e *concepções do bem* aos valores compartilhados por uma comunidade em determinada tradição, ou ainda, ligado à ideia de *importância moral* das finalidades a que se prestam.

Os comunitaristas¹⁹³ são céticos em relação a uma possível neutralidade dos Estados quanto à ideia de *vida boa*, sobre a melhor forma de viver.

original, e sua tarefa consiste em adotar princípios que se apliquem à estrutura básica. Já os membros de uma assembleia constituinte têm menos margem de liberdade, uma vez que devem aplicar, quando da elaboração de uma constituição, os princípios de justiça que foram escolhidos na posição original. Os legisladores, tem ainda menos liberdade, pois as leis que elaborarem devem estar de acordo, ao mesmo tempo, com a Constituição e com os dois princípios de justiça, cabendo ao Judiciário garantir esse *procedimento político justo* e os *princípios básicos* (liberdade e igualdade); fundamental nesse ponto a ideia de **razão pública**, entendida como *razão dos cidadãos iguais que, como corpo coletivo exercem um poder político e coercitivo decisivo uns sobre os outros elaborando leis ou emendando a constituição, por tanto, ao Judiciário cabe fiscalizar e proteger a própria ideia de razão pública, protegendo a estrutura básica e as liberdades básicas essenciais à própria democracia, todos os demais direitos legais e todas as liberdades legais outras que não as liberdades básicas, protegidas por dispositivos constitucionais diversos, devem ser definidos na etapa legislativa à luz dos dois princípios básicos de justiça e de outros interligados. Justiça e Democracia. p.193/194.*

¹⁹¹ FERNANDES. Op.cit.p.159.

¹⁹² MacIntyre, Alasdair. *Is Patriotism a Virtue?*. University of Kansas. 1984.
_____. *Whose Justice? Which Rationality?*. Notre Dame: University of Notre Dame Press. 1988.

Taylor, Charles. *Philosophical Papers*. Cambridge: Cambridge University Press. 1985.

_____. *Cross-Purposes? the liberal-communitarian debate*. In *liberalism of the moral life*. Cambridge: Harvard University Press. 1987.

_____. *Sources of the Self: the making of modern identity*. Cambridge: Harvard University Press. 1989.

_____. *After Virtue*. 1981.

¹⁹³ Michael J. Sandel faz advertência quanto ao termo *comunitarista*, dizendo que o mesmo é equívoco, na medida em que implica que os direitos repousam sobre os valores e

Para os *comunitaristas* a concepção de vida boa não é algo absolutamente individual, como querem os *liberais* (em seus diversos matizes), os indivíduos se veem imbricados em contextos culturais, históricos e sociais específicos, partilhando, portanto, valores, fins, interesses e sentimentos comuns com os demais membros da comunidade, reforçando a valorização dos valores compartilhados e as tradições, superando o individualismo exacerbado das visões liberais.

Nessa ordem de ideias, ganha força o pensamento metafísico aristotélico e da sua ética, pois, Aristóteles discordava da ideia de uma justiça neutra, para ele, a ideia de justo estaria interligada com o próprio debate sobre honra, virtude e a natureza da vida boa.

Alasdair MacIntyre, em seu livro mais famoso, *After Virtue*, inicia fazendo uma crítica à sociedade moderna, dizendo que o *relativismo* e *pluralismo* dominantes, ou como chamou, *uma anarquia moral do presente*, são a causa de sua decadência, e o fracasso do Iluminismo, fundado na tentativa de fundar a moral na razão; apresentando como alternativa uma teoria aristotélica da ética da virtude reabilitada.

*Justiça envolve o cultivo da virtude e a preocupação com o bem comum.*¹⁹⁴

Para alcançar uma *sociedade justa* se faz necessário um raciocínio conjunto sobre a própria ideia de *vida boa*, criando uma *cultura pública* em que as divergências (inevitáveis) sejam aceitas como parte do debate.

A questão maior, por tanto, é saber se os direitos podem ser identificados e justificados sem ligação a um concepção particular de bem ou em razão de sua utilidade, mas sim a partir dos valores compartilhados de uma comunidade.¹⁹⁵

as preferências prevalecentes numa determinada comunidade num período de tempo específico. Poucos, se é que alguns, dos que desafiaram a prioridade do justo serão comentaristas nesse sentido. O Liberalismo e os Limites da Justiça. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2005. p.245.

¹⁹⁴ Não se cuida de uma visão *utilitarista*, a bordagem utilitarista teria dois defeitos fundamentais, diz Michael J. Sandel: primeiro, faz da justiça e dos direitos uma questão de cálculo, e não de princípio; segundo, ao tentar traduzir todos os bens humanos em uma única e uniforme medida de valor, ela os nivela e não considera as diferenças qualitativas entre eles. cfr. *Justiça*. p. 322.

¹⁹⁵ Michael J. Sandel (*Justiça*. p. 323/324.) traz dois exemplos dessa visão, vejamos: O primeiro exemplo vem do discurso proferido, em 1968, por Robert F. Kennedy, quando disputava a indicação pelo partido Democrata para concorrer à presidência. No referido discurso realizado na Universidade do Kansas, o então candidato, que viria a falecer três meses depois, assassinado como seu irmão mais velho, John F. Kennedy, criticava o **modo de vida complacente, o hedonismo e materia-**

Para os comunitaristas a ideia de justiça não se faz pela maximização do bem estar da maioria (utilitarismo) e tampouco pela exacerbação do individual sobre o coletivo (liberalismo), o justo está interligado com os valores morais, compartilhados, da própria coletividade.

8.2.4. *Teoria da Razão (Ação)* *Comunicativa e Teoria Discursiva* *de Jürgen Habermas*¹⁹⁶

Jürgen Habermas, filósofo e sociólogo alemão, vivenciou os males da Segunda Grande Guerra¹⁹⁷ e tem extrema rejeição às ideias nacionalistas e extremistas (de direita ou de esquerda), desenvolve sua teoria a partir da ideia de democracia como discurso, situado nas sociedades altamente complexas, heterogêneas, relativistas e historicistas em que vivemos, demonstrando ceticismo em relação a valores absolutos, metafísicos.

A democracia é um instrumento (um processo) de auto-organização político das sociedades contemporâneas; Habermas, que não acredita em verdades absolutas/metafísicas, mas sim construídas pelo consenso, defende que uma comunidade de cidadãos racionais livres

lismo que imperavam à época, invocou em seu discurso o **orgulho de ser americano**, apelando para um **sentimento de comunidade**.

O segundo, quatro décadas mais tarde, pode ser visto no discurso proferido por Barak Obama durante a campanha presidencial, em 2008. Obama recorreu aos *anseios americanos por uma vida pública mais rica em termos morais e articulou uma política de aspirações morais e espirituais*. “There is a lesson to be learned from generations who have served – from soldiers and sailors; airmen and Marines; suffragists and freedom riders; teachers and doctors; cops and firefighters. It’s the lesson that in America, each of us is free to seek our own dreams, but we must also serve a common purpose, a higher purpose. When you choose to serve – whether it’s your nation, your community, or simply your neighbor – **you are connected to that fundamental American ideal that we want Life, Liberty and the Pursuit of Happiness not just for ourselves, but for all Americans. That is why this is a great nation.** Because time and again, Americans have been willing to serve on stages both great and small; to draw on the same spirit that launched America’s improbable journey to meet the challenges of each defining moment in our history.”

Conferir os discursos em: www.jfklibrary.org e www.realclearpolitics.com

¹⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung – Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt: Suhrkamp, 1992.

_____. *Direito e Democracia*, vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

_____. *Direito e Democracia*, vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Teoria do Agir Comunicativo*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

¹⁹⁷ Era um adolescente alemão (15/16 anos) ao final da 2ª Guerra.

e desinteressados chegaria a verdade se dispusesse de tempo ilimitado para desenvolver a investigação discursiva. Como não há esse tempo infinito, as verdades são provisórias e sujeitas a revisão.

A teoria de Habermas, portanto, teria o objetivo de assegurar as precondições de investigação racional e não de prever o fim dessa investigação. *Seria uma Teoria do Direito pós-metafísica, tendo o Direito Constitucional como função primordial garantir a igualdade de oportunidades para o uso racional das liberdades comunicativas, assegurando o consenso produzido pelo discurso racional.*

Habermas critica (crítica que parece atingir o núcleo da teoria de Dworkin) as teorias que veem o Poder Judiciário (as Cortes Supremas) como uma espécie de “regente ou tutor pedagógico” de uma sociedade de incapazes, incapazes de fazerem escolhas políticas por si mesmos, veem o povo como um “soberano incapaz”.

Ao judiciário cabe garantir que o espaço para o debate democrático permaneça aberto, garantindo as condições essenciais para o discurso e efetiva participação de todos os membros da sociedade, aqui ganha importância o componente fático, da igualdade de participação, onde faticamente todas as ideias tem chances de prevalecer.

Habermas sustenta, portanto, que a legitimidade do direito se faz pelo discurso, a partir da manifestação dos cidadãos via processo democrático de deliberação, sendo os destinatários das normas jurídicas os seus próprios criadores (autores do direito).

O que garante a legitimidade do direito é ter sido produzido através de processo democrático racional, a legitimidade decorre do procedimento e não do conteúdo ou de valores morais.

John Rawls, criticando Habermas, diz que a teoria de Habermas entende que o Direito deva ser apenas legítimo, e não também *justo*, pois, o simples fato de ser produzido por um processo democrático livre e desimpedido já o torna legítimo sem torná-lo justo.

Emerson Garcia, baseado na crítica feita por Lawrence Tribe, diz que, *as teorias procedimentais, de modo geral, pecam por não conseguir isolar os objetivos a serem alcançados, tornando-os imune à influência de referenciais axiológicos, o que, ipso facto, mantém a necessidade de serem realizados juízos valorativos. A Constituição não pode ter sua força normativa delineada à margem de valores e muito menos se ajusta à passividade que o procedimentalismo, em certa medida, atribui ao intérprete.*¹⁹⁸

¹⁹⁸ GARCIA, Emerson. Interpretação Constitucional. São Paulo:Atlas, 2015.p.429/430.

Com Álvaro Ricardo de Souza Cruz¹⁹⁹, estudioso da obra do professor alemão, podemos dividir as ideias de Habermas em 3 (três) fases distintas:

(1^a) A primeira fase é marcada, diz Souza Cruz, pelo projeto emancipatório promovido pela escola de *Frankfurt*, baseado no retorno às ideias iluministas de emancipação do homem pela razão e voltada à crítica do chamado *neopositivismo*.

(2^a) A segunda fase, chamada pelo autor de fase da *maturidade intelectual* de Habermas, que surge com a *Teoria do Agir Comunicativo*, tenta demonstrar a insuficiência do positivismo e do formalismo com instrumentos de legitimação do Direito introduzindo a ideia de *fundamentação como elemento imanente* ao Direito, nesse ponto ocorre uma aproximação com Kant, onde o Direito estaria submetido a um critério moral de validação, haveria uma relação de complementariedade entre direito e moral, funcionando a moral como delimitadora do grau de legitimidade do Direito positivado (complementariedade como função deontológica).

(3^a) Nessa terceira fase, Souza Cruz frisa que, Habermas busca rever a ideia de complementariedade através da *Teoria do Discurso*, onde a Constituição é vista como um instrumento de organização dos procedimentos de garantia do fluxo de comunicações de argumentos para justificação das ações estatais, conforme essa fase, a legitimidade não surge de uma suposta norma hipotética fundamental, tampouco de imperativos morais universalizáveis, mas sim, de um *procedimento argumentativo*, fundado em um *discurso de fundamentação* e aplicável via *discurso de justificação*.

Habermas discorrendo sobre o *princípio democrático* diz que a ideia de autolegislação de cidadãos não pode, pois, ser deduzida da autolegislação *moral* de pessoas *singulares*. A autonomia tem de ser entendida de forma neutra e geral. A referida *neutralidade* é garantida pelo *princípio do discurso*, que é indiferente à *moral* e ao *direito*. Esse princípio incorpora, pela via da *institucionalização jurídica*, a ideia de *princípio democrático*, pelo qual se legitima todo o processo de criação do direito, garante, pois, legitimidade ao procedimento de normatização.

O *princípio democrático* é visto como resultado da *interligação* entre *princípio do discurso* e a *forma jurídica*. Habermas vê esse entrelaçamento como uma *gênese lógica de direitos*, que é (re)construída *step-by-step*. O início se dá com a aplicação do *princípio do discurso* ao direito a liberdades subjetivas de agir de uma forma geral (constitutivo da formação jurídica) e se encerra no

¹⁹⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Habermas e o constitucionalismo brasileiro. 2^aed. Belo Horizonte, 2008.p.84/85.

momento em que se dá a institucionalização jurídica de condições para que se possa exercer a autonomia política (autonomia pública), a qual se equipara a autonomia privada, originariamente abstrata, com a forma jurídica.

O princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para sua produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo cooriginário (cooriginalidade ou equiprimordialidade).

Nas palavras de Habermas, *o processo de apresentação vai do abstrato ao concreto, sendo que a concreção acontece porque a perspectiva da representação, inicialmente trazida de fora, é internalizada pelo sistema de direitos, representado.*²⁰⁰

O referido sistema deve abarcar os direitos que os cidadãos devem atribuir-se reciprocamente, de forma a instituir um sistema de direito positivo legítimo, que garante simultaneamente os direitos humanos (autonomia privada) e a soberania popular (autonomia pública).

O princípio do discurso se converte, portanto, em um princípio moral na medida que é associado à ideia de universalidade, ou em um princípio democrático quando ligado a um princípio de direito; as sociedades democráticas contemporâneas dependem da compatibilização entre direitos humanos e vontade majoritária (soberania popular), *cooriginalidade entre autonomia privada e autonomia pública*, a partir dessa relação de *equiprimordialidade* os cidadãos se veem como autores do sistema jurídico e destinatários desse mesmo sistema.

A equiprimordialidade entre código do direito e o mecanismo de produção legítima só é possível no medium do processo comunicativo fundado no princípio do discurso.

Habermas identifica os direitos que integram esse *código jurídico*, que não se define *in abstracto*, mas sim, de modo a que os cidadãos, que pretendem regular legitimamente sua convivência com o auxílio do direito positivo, possam atribuir-se reciprocamente *determinados* direitos:²⁰¹

1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação.

Indicando que todos tem o direito à maior medida possível de iguais liberdades de ação subjetiva, portanto, são legítimas apenas regulamenta-

²⁰⁰ HABERMAS. Direito e Democracia, vol.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.p.158.

²⁰¹ HABERMAS. Direito e Democracia, vol.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.p.159/162.

ções que garantam a compatibilidade com os direitos de cada um com os iguais direitos de todos (princípio do direito kantiano). Esses direitos não determinam por si só uma institucionalização absoluta do *código do direito*, é necessário a imersão em uma determinada comunidade de direito e definir direitos que cada um possa reclamar juridicamente do outro.²⁰²

Nesse sentido é legítima, sob o cariz procedimental, decisão que garante a igualdade de tratamento contra discriminações legislativas:

O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal locus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria

²⁰² Nesse aspecto, seria legítima decisão judicial (vg. Recurso Especial nº 264.736) que concede à mulher em união estável direitos garantidos por lei às mulheres casadas, por exemplo.

Vejamos outras decisões (STF) que seriam legítimas pelo viés procedimental: Não há razão para aplicar ao caso de uniões estáveis homoafetivas solução diversa da que apliquei em meu voto no RE 878.694. Como afirmei naquele julgamento, inexistente fundamento constitucional para estabelecer-se diferenciação entre os múltiplos modelos de família, que, embora não constituídos pelo casamento, sejam caracterizados pelo vínculo afetivo e pelo projeto de vida em comum, incluindo-se aí as uniões entre pessoas do mesmo sexo. (...) Ante o exposto, divirjo do voto do ministro relator, para dar provimento ao recurso, reconhecendo de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, por violar a igualdade entre as famílias, consagrada no art. 226 da CF/1988, bem como os princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação ao retrocesso e da proteção deficiente. Como resultado, declaro o direito do recorrente de participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do CC/2002, que deve ser aplicado nos casos de uniões hétero e homoafetivas. Assento, para fins de repercussão geral, a seguinte tese: “É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002”.

RE 646.721, voto do rel. p/ o ac. min. Roberto Barroso, j. 10-5-2017, P, *DJE* de 11-9-2017.

RE 878.694, rel. min. Roberto Barroso, j. 10-5-2017, P, *DJE* de 6-2-2018.

ADI 4.277 e ADPF 132, rel. min. Ayres Britto, j. 5-5-2011, P, *DJE* de 14-10-2011.

Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da CF de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do STF para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. União estável. Norma constitucional referida a homem e mulher, mas apenas para especial proteção desta última. (...) A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da CF, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados” (...). (...) Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do CC/2002, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

ADI 4.277 e ADPF 132, rel. min. Ayres Britto, j. 5-5-2011, P, DJE de 14-10-2011.

RE 687.432 AgR, rel. min. Luiz Fux, j. 18-9-2012, 1ª T, DJE de 2-10-2012.

RE 646.721, rel. p/ o ac. min. Roberto Barroso, j. 10-5-2017, P, DJE de 11-9-2017.

2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros de direito.

Indicam os direitos de participação, de pertença, participação em determinada associação de parceiros jurídicos, permitindo a distinção entre membros e não membros, cidadãos e estrangeiros, enfim, direitos de participação no Estado.

3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.

São os instrumentos jurídicos processuais que devem ser disponibilizados para que o cidadão postule, defenda, suas pretensões. Direitos que garantam aos indivíduos acesso à *justiça*, direito à igual proteção jurídica, igualdade na aplicação da lei etc.

4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de condições, em processos de formação de opinião e da vontade, nos quais os cidadãos exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam o direito legítimo. São direitos políticos que estabelecem a condição de cidadãos livres e iguais.

5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, entendido como as condições necessárias para um efetivo exercício dos direitos elencados de (1) a (4), em outros termos, direitos que garantam igualdade de possibilidades para o aproveitamento dos direitos anteriormente enumerados.

Um *sistema de direitos* assim instituído e estruturado assegura, tanto a autonomia pública como a privada, operacionaliza a tensão entre *faticidade* (positividade do direito) e *validade* (legitimidade do direito), ocorre, em um sistema assim posto, um entrelaçamento entre *forma do direito* e *princípio do discurso*, como a *dupla face de Janus*, o direito de um lado se volta para seus destinatários e do outro também para seus autores, como nos fala Habermas.²⁰³

²⁰³ HABERMAS. Direito e Democracia, vol.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.p.166.

Como se nota facilmente, a teoria de Habermas busca determinar a existência de nexo de *cooriginalidade* (*equiprimordialidade*) interno entre *Estado de direito* e *democracia*. É pois, pelo processo democrático (princípio do discurso) que se legitima o direito positivo; através do princípio do discurso se garante, de forma cooriginária, a autonomia privada e pública dos sujeitos de direito; é via procedimento democrático que se esclarece em discussões públicas os pontos de vistas de relevo para positivação jurídica legítima, portanto, o direito positivo não se submete de forma absoluta e irrestrita à moral, pois, a soberania e os direitos humanos são *equiprimordiais*, pressupõem-se mutuamente. O princípio democrático independe da moral.

A tradição política nos apresenta (em geral) a *autonomia privada* (direitos humanos) e *autonomia política* (princípio das soberania) ou *autolegislação democrática* como *concorrentes*, em Habermas não há essa *concorrência*, mas sim, uma relação de *cooriginalidade*, *autonomia privada* e *autonomia pública* (*política*) pressupõem-se mutuamente, sem que seja possível estabelecer um reclamo de primazia de uma sobre a outra.

Diz Habermas que *a legitimidade do direito positivo não deriva mais de um direito moral superior*, a legitimidade se dá através de um processo de formação de opinião da vontade, presumidamente racional. *Iluminado pelo princípio do discurso* os sujeitos analisam quais seriam os direitos que os participantes devem conceder uns aos outros. Assim sendo, enquanto sujeitos do direito, eles amparam está prática da *autolegislação* no *medium* do próprio direito, em outros termos, é necessário se institucionalizar juridicamente os pressupostos comunicativos e os procedimentos de um processo de opinião e formação de vontade, pelo qual se garante aplicação efetiva do *princípio do discurso*. Por conseguinte, leciona Habermas, o estabelecimento do *código do direito*, levado a termo com o auxílio do direito geral a liberdades subjetivas de ação, deve ser *complementado* pelos direitos de comunicação e participação, que garantem o uso público e equitativo de liberdades comunicativas. Nessa linha, o *princípio do discurso* assume sua feição jurídica de um *princípio da democracia*.²⁰⁴

Concluindo com Habermas:²⁰⁵

²⁰⁴ HABERMAS. Direito e Democracia, vol.II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.p. 310/319.

²⁰⁵ HABERMAS. Direito e Democracia, vol.II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.p.324/325.

Uma teoria do direito que procede reconstrutivamente parte da premissa metódica segundo a qual a autocompreensão contrafática do Estado democrático de direito se assenta em pressuposições inevitáveis prenes de consequências fáticas para as respectivas práticas. O primeiro ato de uma prática constituinte introduz na complexidade social a cunha de uma ideia exaltada. À luz dessa ideia de autoconstituição de uma comunidade de pessoas livres e iguais, as práticas usuais de criação, de aplicação e de imposição do direito são expostas inevitavelmente à crítica e autocrítica. Sob a forma de direitos subjetivos, as energias do livre arbítrio, do agir estratégico e da auto-realização são liberadas e, ao mesmo tempo, canalizadas através de uma imposição normativa, sobre a qual as pessoas tem que entender-se, utilizando publicamente suas liberdades comunicativas, garantidas pelo direito, ou seja, através de processos democráticos. A realização paradoxal do direito consiste, pois, em domesticar o potencial de conflito embutido em liberdades subjetivas desencadeadas, utilizando normas cuja força coercitiva só sobrevivem durante o tempo em que forem reconhecidas como legítimas na corda bamba das liberdades comunicativas desencadeadas. Desse modo, uma figura que alhures se opõe à força social integradora da comunicação converte-se aqui num meio de integração social, assumindo a forma de coerção legítima do Estado. E, nesse momento, a integração social assume forma totalmente reflexiva, pois, na medida em que o direito supre sua cota de legitimação com o auxílio da força produtiva da comunicação, ele utiliza o risco permanente de dissenso, transformando-o num agulhão capaz de movimentar discursos públicos institucionalizados juridicamente (*legitimação pela legalidade*).

A relação entre Direito e Moral não é excludente, ou subordinante, mas sim complementar, portanto, no Direito, autonomia pública (soberania) e autonomia privada (direitos fundamentais) são equiprimordiais, não há relação de hierarquia, e sim, de reciprocidade, devem ser balanceados; o Direito se legitima pela garantia da autonomia pública e da autonomia privada.

A autonomia é vista sob um duplo aspecto, pública e privada, soberania e direitos fundamentais funcionando de maneira que não exista sobreposição, mas sim equilíbrio, liberdade de ação individual

(autonomia privada) e o exercício da cidadania (autonomia pública) são interdependentes.

8.2.5. *Método Argumentativo/reflexivo* (Canotilho)

Nessa linha de pensamento, o judiciário deve se manter afastado da política, mas também atuar em casos excepcionais, garantindo (mesmo positivamente) direitos constitucionais essenciais ao desenvolvimento democrático da sociedade, dando aos cidadãos – quando negada pelos demais Poderes e não alcançada por meio do debate democrático – a possibilidade de fruir direitos que permitam desenvolver todas as suas potencialidades e então poder participar de forma efetiva do jogo democrático.

O judiciário atuaria como mediador entre os interesses da maioria e os direitos da minoria.

O autor português defende uma interpretação reflexiva (método ou sistema reflexivo), que, sintetizando, possui as seguintes características:

- a. rejeição aos métodos interpretativistas;
- b. rejeição à politização do judiciário (rejeição a uma jurisprudência política);
- c. mediação entre procedimentalismo e substancialismo (compatibilização entre regra majoritária e regra contramajoritária);
- d. interpretação adequada (adaptável) à realidade de cada sociedade;
- e. concretização de valores constitucionais (mínimo ético irreduzível/Kant).

8.2.6. *Teoria da Integridade* (Ronald Dworkin)²⁰⁶

²⁰⁶ DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue*. Massachusetts: Harvard University Press, 2002.

_____. *Freedom's Law*. Massachusetts: Harvard University Press, 1999.

_____. *Law's Empire*. Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

_____. *Taking Rights Seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1978 e 19ª. ed. de 2002.

_____. *Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

Ronald Dworkin, um dos maiores filósofos americanos, falecido em 2013, contribuiu com significativas ideias para o Direito, Política, Ética, Interpretação, Moral.

O substancialismo dworkiniano não vê maiores dificuldades na natureza contramajoritária da jurisdição constitucional, tendo em conta que o constitucionalismo e, conseqüentemente a Constituição, tem por finalidade limitar a vontade da maioria; em outros termos, a Constituição já é uma regra contramajoritária (o que pode ser demonstrado em nossa Constituição no art. 1.º, que se refere a Estado **democrático** – regra majoritária – e de **direito** – regra contramajoritária).

A Constituição e, particularmente, o *bill of Rights* foram constituídos para proteção dos indivíduos e grupos contra decisões da maioria que possam ser aniquiladoras dos direitos individuais e das minorias.

Caberia ao juiz garantir esse conjunto fundamental de direitos (*moral rights*), que não seriam simples concessões legais, mas sim princípios morais, que protegem o indivíduo contra majorias; cabendo para preservação desses princípios a proteção a dois direitos fundamentais básicos: **dignidade humana** (*intrinsic human dignity*) e **igualdade**.²⁰⁷

A garantia dos direitos fundamentais básicos do indivíduo, mesmo contra eventuais majorias, legitimaria a jurisdição constitucional.

Keith E. Whittington diz que²⁰⁸, para teoria de Dworkin, o *judicial review does not present any serious countermajoritarian difficulty at all, for constitutionalism is intended to control majorities. The Constitution, and particularly the Bill of Rights, is designed to protect individual citizens and groups against certain decisions that a majority of citizens might want to make, even when that majority acts in what it takes to be the general or common interest.*

Na síntese de Streck:

“O modelo substancialista – que, em parte, aqui subscrevo, ressalvado sempre o problema do “fundamento” da Constituição, que não pode ser entendida como uma categoria ou hipótese, preferindo entendê-la como um paradoxo – trabalha na perspectiva de que a Constituição

_____. Religion Without God: Harvard University Press, 01/10/2013.

²⁰⁷ Nesse sentido: WHITTINGTON, Keith E. Constitutional Interpretation – Textual Meaning, Original Intent, & Judicial Review. p.27.

²⁰⁸ WHITTINGTON, Keith E. Constitutional Interpretation – Textual Meaning, Original Intent, & Judicial Review. Kansas, USA: University Press of Kansas, 1999.p.27.

estabelece as condições do agir político-estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social (contrato social também deve ser entendido a partir do paradigma hermenêutico, e não como um ponto de partida congelado). É o constitucionalismo-dirigente que ingressa nos ordenamentos dos países após a segunda guerra. Conseqüentemente, é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) passe a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que pertine à jurisdição constitucional”.

Tal conjunto de direitos ou princípios morais fundamentais seria variável, no tempo e no espaço, o que diferencia o **substancialismo** (*leitural moral*) de Ronald Dworkin da visão **moralista** (*real moralism*, *cf.* 8.2.9).

Na visão de Dworkin o positivismo falha ao insistir na divisão absoluta entre o Direito e a Moral, falha ao defender a independência dos dois sistemas. A teoria de Dworkin se manteve ao longo dos anos em constante evolução, defendendo uma integração dos sistemas. Nessa linha “o direito inclui não somente as regras promulgadas ou com *pedigree* (H.L.A.Hart), mas também os princípios que as **justificam**”.

Para Dworkin o Direito não se fundamenta (ou é determinado), apenas, em fatos sociais, mas antes, em princípios morais (políticos). Assim sendo, o Direito, para ser Direito, deve ser legítimo. A interpretação de todas as normas do respectivo sistema jurídico deve ser “orientada” por esse conjunto de princípios morais, se assim for, se chega a um único resultado, reduzindo o arbítrio e a discricionariedade de intérprete, gerando mais segurança jurídica e estabilidade do sistema.

Em sua derradeira²⁰⁹ obra (JUSTICE for HEDGEHOGS/2011) Dworkin trata o Direito como um ramo da Moral Política:²¹⁰

Uma estrutura em forma de árvore.

Já nos livramos da antiga imagem que entende o direito e a moral como dois sistemas separados... Substituímo-la pela imagem de um só sistema: agora tratamos o direito como uma parte da moral política. O direito é um ramo, uma subdivisão da moral política.

Sendo o Direito um ramo da Moral (Política), os princípios da moral política são entendidos como o fundamento legitimador de todo

²⁰⁹ Dworkin faleceu em 14/02/2013, essa foi sua última obra publicada em vida, tendo ainda, como obra póstuma: *Religion Without God*.

²¹⁰ Dworkin, Ronald. A Raposa e o Porco Espinho (Justice for Hedge Hogs). São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 620

o sistema – jurídico e político –, o Direito seria orientado por um ideal político de integridade.

Para Dworkin, ainda que o texto seja vago ou ambíguo, exaurido os limites linguísticos sem superação, seria possível ao intérprete, direcionar o processo de interpretação com base em princípios morais de forma a identificar a única resposta correta (*one right answer*).

Dworkin faz distinção entre *direitos legislativos* e *direitos jurídicos*, os **direitos legislativos** são aqueles que garantem que o poder legiferante seja exercido de certa maneira, já os **direitos jurídicos** são aqueles que podem ser exigidos por seus titulares, sem nenhuma intervenção legislativa. A diferença seria de oportunidade e não de certeza. Os **direitos legislativos** têm de esperar sua oportunidade, *em uma democracia, são as vicissitudes da política que vão determinar quais direitos legislativos vão vigorar e quando vão vigorar. Os direitos jurídicos estão sujeitos a vicissitudes de um tipo diferente, mas em princípio garantem aos membros da comunidade o direito de obter aquilo que exigem por meio de processos aos quais tem acesso direto. Os direitos legislativos, mesmo quando reconhecidos, não vigoram imediatamente; os direitos jurídicos, uma vez reconhecidos, são imediatamente exigíveis e podem ser impostos por instituições judiciais, não legislativas.*²¹¹

Uma **teoria do direito e da decisão judicial integrada e unissistemática**, o Direito se fundamenta em **princípios estruturadores de justiça**; nesse modelo o direito é parte da moral política, logo os **direitos jurídicos** são **direitos políticos**, sendo, contudo, um ramo especial destes, porque são diretamente exigíveis e imponíveis por meio de instituições judiciais e coercitivas, sem necessidade de atividade legislativa ulterior. No sistema defendido por Dworkin os juízes decidem por princípios (princípios morais/políticos), fundamentando suas decisões exclusivamente em princípios, ao passo que os legisladores podem fundamentar suas decisões tanto em princípios como em programas de ação política (**policies**).²¹²

Deve o Direito ser interpretado com base em sólidos princípios morais (**Integrity, Integridade**), de forma integrada, mantendo a coerência principiológica do Direito, tendo em conta os precedentes e o exame histórico; a partir dos referidos princípios (políticos) morais, como dizia Dworkin, a moral judgment required to apply the abstract

²¹¹ Op. cit. p. 621

²¹² Richard Posner inclui Dworkin entre os **jusnaturalistas moderados**. A Problemática da Teoria Moral e Jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p.151.

moral principles of the Constitution is constricted by history and precedent, in virtue of the commands of legal integrity, it is plainly not preempted by that history, mantendo uma coerência (**Coerência**) entre os casos julgados, com os precedentes firmados, garantindo a consistência do sistema jurídico e das decisões judiciais.

Gonçalves, explicando a dinâmica da aplicação da *teoria da integridade* desenvolvida pelo *jusfilósofo americano*, e descrevendo a metáfora do 'romance em cadeia' de Dworkin²¹³, diz que, *cada juiz assumir o papel de um romancista que está escrevendo um capítulo para uma obra coletiva. Ele tem de ler tudo o que os demais fizeram para se inteirar da narrativa e procurar construir uma história que preserve a linha de raciocínio já estabelecida pelos romancistas anteriores. Logo, não lhe é autorizado ignorar o que passou, nem transformar o livro coletivo em uma obra de contos desconexos. Ao contrário, seu capítulo tem de ter uma ligação com os passados ao mesmo tempo em que permite uma abertura para o futuro, de modo que a história possa evoluir e não apenas ser repetida pelos futuros participantes dessa prática.* Bernardo alerta ainda para o sentido de **correção** referido por Dworkin e, que tem sido objeto de confusão no Brasil, devendo ser entendido como um elemento discursivo/argumentativo, uma pretensão de validade pelo discurso, não o resultado de um mero cálculo.²¹⁴

Prosseguindo, Gonçalves diz que, a teoria do filósofo americano merece 4 destaques: (1º) *negativa da discricionariedade judicial*; (2º) *negativa de que decisões judiciais possam se apoiar em diretrizes políticas*; (3º) *importância da noção de devido processo para dimensão da integridade*; (4º) *a noção de integridade, que indica que cada caso seja compreendido como parte de*

²¹³ A metáfora do romance em cadeia compara um grupo de romancistas escrevendo uma mesma novela com os juizes decidindo dentro de um mesmo sistema jurídico, em uma relação de coerência entre passado, presente e futuro: *In this enterprise a group of novelists writes a novel seriatim; each novelist in the chain interprets the chapter he has been given in order to write a new chapter, which is then added to what the next novelist receives and so on. Each has the job of writing his chapter so as to make the novel being constructed the best it can be, and the complexity of this task models the complexity of deciding a hard case under law as integrity. The imaginary literary enterprise is fantastic but unrecognizable. Some novels have actually been written in this way, though mainly for a debunking purpose, and certain parlor games for rainy weekends in English country house have something of the same structure. Television soap operas span decades with the same characters and some minimal continuity of personality and plot, though they are written by different teams of authors even in different weeks. In our example, however, the novelists are expected to take their responsibilities of continuity more seriously; they aim jointly to create, so far as they can, a single unified novel that is the best it can be. (Dworkin. Op. cit. p. 229)*

²¹⁴ FERNANDES. Interpretação Constitucional. Bahia: Ius Podium, 2010.p.91.

*uma história encadeada; não podendo, portanto, ser descartado sem uma razão baseada em uma coerência de princípios.*²¹⁵

O Direito como Integridade indica que os juízes devem decidir baseado em princípios que fundamentam determinada comunidade política, são a base do respectivo sistema jurídico, o *princípio da integridade* exige, portanto, que o juízes identifiquem os direitos e deveres de forma mais abrangente possível, partindo da presunção de que foram estabelecidos por um único autor, a comunidade personificada (aceitos pela comunidade), de forma a expressar uma concepção coerente de justiça e imparcialidade. A *integridade* impõem uma análise construtiva e compreensiva, *integridade* como um princípio legislativo indica que as leis de um sistema jurídico específico devem guardar coerência moral, devem ser moralmente coerentes.²¹⁶

O *princípio da integridade*, como visto, é subdividido em *integridade* como princípio político legislativo e como princípio jurídico.

Na primeira concepção limita a atuação legislativa, que deve ser pautada pelos princípios políticos (morais) de determinada sociedade, mantendo a coerência entre normas jurídicas de um mesmo sistema, sob pena de manifestação ilegítima (inconstitucional).

Integridade como princípio jurídico²¹⁷ exige que os juízes decidam baseados em um sistema formado por um conjunto de princípios coerentes entre si, um juiz que decide com base em princípios, em respeito à *integridade*, vê o Direito como um sistema *coerente*, onde as decisões são tomadas a partir de construção interpretativa fundamentada em *standards*, como se fosse decidido a uma só voz (deciding like cases alike).²¹⁸

A Integridade no Direito comporta diversas dimensões, (1º) primeiramente indica que as decisões judiciais devem ser baseadas em princípios, e não tomadas com base em acordos, compromissos ou estratégias políticas, deve ser justificada de forma coerente (coerência) com base no conjunto de princípios que fundamentam o sistema

²¹⁵ Op. cit.p.63. PEDRON, Flávio Quinaud e FERNADES, Gonçalves. O Poder Judiciário e(m) Crise. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

²¹⁶ Law's Empire. Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 1986. p. 176/177.

²¹⁷ The adjudicative principle of integrity instruct judges to identify legal rights and duties, so far as possible, on the assumption that they were all created by a single author – the community personified – expressing a coherent conception of justice and fairness. (Op. cit.p. 225)

²¹⁸ Law's Empire. Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 1986. p. 218/219.

jurídico constitucional (*a matter of principle*), **integridade como questão de princípio**; (2º) secundariamente podemos falar em **integridade vertical**, que indica aos juízes o dever de justificar (motivar) suas decisões de forma consistente com os precedentes e de acordo com o *arranjo* do próprio sistema constitucional, com sua estrutura fundamental; (3º) por fim, podemos falar em **integridade horizontal**, a indicar que o juiz que adota determinado(s) princípio(s) ao decidir um caso deverá fazê-lo nos demais casos por ele decidido e por ele endossado.²¹⁹

Integrity demands that the public standards of the community be both made and seen, so far as this is possible, to express a single, coherent scheme of justice and fairness. According to law as integrity, proposition of law are true if they figure in or follow from principles of justice, fairness, and procedural due of process that provides the best constructive interpretation of the community's legal practice. (Dworkin)

A teoria de Ronald Dworkin se insere nas teorias de base axiológica.

8.2.7. Substancialismo (Lawrence Tribe)²²⁰

O professor americano de Harvard critica as doutrinas *procedimentalistas* e, como nos diz Fernandes²²¹, *a Constituição é uma conjunção de*

²¹⁹ *Integrity in law has several dimensions.*

First, it insists that judicial decision be a matter of principle, not compromise or strategy or political accommodation. That apparent banality is often ignored: The Supreme Court's present position on the politically sensitive issue of affirmative action, for example, cannot be justified on any coherent set of principles, however conservative or unappealing.

Second, integrity holds vertically: a judge who claims a particular right of liberty as fundamental must show that his claim is consistent with the bulk of precedent, and with the main structures of our constitutional arrangement.

Third, integrity holds horizontally: a judge who adopts a principle must give full weight to that principle in other cases he decides or endorses.

²²⁰ TRIBE, Lawrence. *American Constitutional Law*. New York: The Foundation Press, 1988.

_____. *The Invisible Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

_____. *Constitutional Choices*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

_____. *On The Reading of Constitution*. Harvard University Press, 1991.

_____. *The End of a Presidency: The power of Impeachment*. UK: Basic Books/Hachette, 2018.

²²¹ GONÇALVES FERNANDES, B. *Curso de Direito Constitucional*. Bahia: Jus Podium, 2015. p.211.

escolhas e de opções desenvolvidas por uma pluralidade de sujeitos, portanto, as escolhas constitucionais estão imbricadas em uma tradição, que serve, não apenas de fundamento, como limite às próprias escolhas. Essas escolhas, contudo, não são uniformes, não conduzindo a um resultado uniforme. Logo, tais escolhas devem ser baseadas em princípios, *devem ser principiológicas*.

Tribe entende que toda interpretação constitucional possui elementos de indeterminação, de certa ambiguidade, a partir dessa ideia, a interpretação constitucional deve abarcar não apenas o texto, vai além, abarca intenções (por exemplo, dos Founders), princípios morais e políticos.

Embora as constituições tenham normas de caráter procedimental não se pode desconsiderar a natureza substantiva das constituições e seus valores, procedimento e substância estão intimamente ligados, com prevalência do aspecto substancial, do substancialismo constitucional.²²²

Michael Dorf²²³ diz ser um erro elementar imaginar que as aporias na interpretação constitucional aparecem apenas nos *hard cases*, somente quando o objeto tratado se refere a aspectos para os quais o texto é vago ou ambíguo. Não seria adequado essa dicotomia *hard cases/easy cases*, devendo ser superado a ideia de uma interpretação baseada em pontos de vista subjetivos ou objetivos, característicos da hermenêutica clássica.

8.2.8. AED (Análise Econômica do Direito) *Law's Economy (neo pragmatism)*

Richard Posner, hoje o maior expoente da corrente *neopragmatista*, defensor da Análise Econômica do Direito²²⁴, entende o Direito como instrumento para realização de fins sociais, logo, o fim maior, é a própria

²²² TRIBE, Lawrence. *American Constitutional Law*. New York: The Foundation Press, 1988.

_____. *The Invisible Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

_____. *Constitutional Choices*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

_____. *On The Reading of Constitution*. Harvard University Press, 1991.

²²³ Tribe and Dorf. *On The Reading of Constitution*. Harvard University Press, 1991.

²²⁴ Posner, Richard. *A Problemática da Teoria Moral e Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

Conferir sobre o tema:

Eric Maskin, *Mechanism Design: How to Implement Social Goals*, 98 *American Economic Review* 567 (2008).

Gary Becker, *The Economics of Discrimination* (1959).

Guido Calabresi, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, 70 *The Yale Law Journal* 499 (1961).

eficiência econômica da sociedade. É a economia o *locus* adequado para debates racionais.

Segundo a visão *pragmatista*, o importante é assegurar, através das decisões, o melhor resultado prático – *search for the best practical results* – independentemente do texto ou de valores constitucionais. É uma versão da interpretação constitucional que tem por finalidade as melhores consequências práticas, o que é variável dependendo do contexto. Nesse caso a finalidade é a *wealth maximization* (a maximização de riquezas da sociedade).

Trata-se de orientação de viés *utilitarista* (embora não no sentido clássico), ou pragmático, na qual a maior preocupação não é a defesa de valores abstratos (verdade abstratamente considerada), mas sim de soluções para problemas concretos, práticos, visando o melhor custo/benefício para a sociedade.

O direito constitucional funciona como instrumento na busca da melhor solução *econômica*, e não instrumento de defesa de valores absolutos, metafísicos e irreais.

Richard Posner indica três características fundamentais do *pragmatismo*:

(1.^a) Desconfiança em relação a entidades metafísicas ('realidade', 'verdade', etc.) vistas como garantias de certezas sejam na epistemologia, ética ou política;

(2.^a) As proposições devem ser insistentemente testadas em razão de suas consequências, pela diferença que acarretam;

(3.^a) Julgar nossos projetos, sejam eles científicos, éticos, políticos ou legais, pela sua conformidade social ou outras necessidades humanas e não por critérios *objetivos, impessoais*.

Podemos concluir, com B. Bodart²²⁵, que, para AED as teorias *devem ser descritas com rigor formal, de maneira que todas as suas premissas e conse-*

Henry Smith, *Law and Economics: Realism or Democracy?*, 32 Harvard Journal of Law and Public Policy 127, 131 (2009).

John R. Commons, *Law and Economics*, 34 The Yale Law Journal 371 (1924-1925).

Oliver E. Williamson, *Revisiting Legal Realism: The Law, Economics, and Organization Perspective*, 5 Industrial and Corporate Change 390 (1996).

Richard A. Posner, *Frontiers of Legal Theory* 59 (2004).

_____. *The Problems of Jurisprudence* 441 (1993).

Ronald Coase, *Law and Economics at Chicago*, 36 The Journal of Law and Economics 250 (1993).

_____. *The Problem of Social Cost*, 3 The Journal of Law & Economics 1 (1960).

²²⁵ <http://blogs.harvard.edu/brunobodart/2018/05/16/a-analise-economica-do-direito-e-de-direita/>

quências sejam explícitas e coerentes. Em seguida, as formulações hipotéticas são testadas pela observação empírica, o que permite refinar ou eliminar hipóteses cujas consequências não sejam confirmadas pelos fatos. Trata-se do mesmo método observado nas ciências naturais, sem o qual inúmeros avanços na Física, Química, Medicina e outras áreas não seriam possíveis.

A análise econômica do Direito é uma linha que propõe transportar o método científico para o estudo das mais diversas expressões do comportamento humano que sejam relevantes para questões jurídicas.

8.2.9. Moralismo (Real Moralism)²²⁶

O **moralismo realista** também justifica a atuação da jurisdição constitucional pela proteção a valores morais, contudo, diferente da visão substancialista, baseia-se em valores imutáveis, absolutos, por exemplo, visões criacionistas, fundamentalismo religioso e argumentos teológicos.

Tal conjunto de direitos ou princípios morais fundamentais seria invariável e imodificável, no tempo e no espaço, o que diferencia o **substancialismo** (leitural moral) de Dworkin da visão **moralista** (real moralism).

O Moral Realism defende que *a constitution should be a windowpane, letting in on the public life as much of the pure light of moral principle as prudence determines feasible. Prudence may find conditions require slow going sometimes, but the goal is to arrive at the point where the glass is no longer even notice because of the brilliance of the sun light*

8.2.10. Naturalismo (natural law) de John Mitchell Finnis

Para os *jusnaturalistas* legitimidade da jurisdição constitucional se assenta na proteção aos direitos naturais do homem, que devem ser garantidos mesmo contra as maiorias.

Na Alemanha, forte corrente, doutrinária e jurisprudencial, defendia a possibilidade de se aferir a conformidade entre a regra constitucional (originária) e a regra transcendente (regra de direito natural).

Otto Bachof, em sua famosa obra, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?* (Normas Constitucionais Inconstitucionais?), defendia que, quando uma norma constitucional contrariasse o *direito supralegal* (termo usado como sinônimo de *suprajurídico*, superior às constituições nacionais) imanente

²²⁶ Whittington. Op. cit. p. 30/31.

a toda a ordem jurídica (legítima), seria passível de controle de constitucionalidade; em outras palavras, poderia ser declarada inconstitucional caso violasse direitos naturais.²²⁷

No mesmo sentido é a posição de Adolfo Süsterhenn, que defende que as constituições teriam recepcionado as *normas de direito natural* (sem que haja necessidade de estarem declaradas de forma expressa na constituição) e, portanto, caso uma norma constitucional (positivada) fosse incompatível com a mesma, seria inconstitucional.²²⁸

Para os defensores dessa linha de pensamento, os direitos naturais seriam **limites dos limites**, cabendo ao Judiciário a sua tutela, contra qualquer ato que venha a violar tais direitos; até mesmo normas constitucionais originárias seriam passíveis de controle.

John Finnis é um dos mais destacados defensores do *neojusnaturalismo* na atualidade.²²⁹

Conforme a teoria defendida por Finnis, a lei humana é derivada da lei natural, por conclusão ou por determinação.

Quando derivada “por conclusão”, funciona como uma consequência da própria exigência da razão prática, limitando a liberdade dos legisladores. Normas dessa natureza são conhecidas por *ius gentium* (o direito das gentes) no direito romano ou *mala in se* para a tradição do *common law*, e, constituem-se em regras ou princípios necessários para qualquer sistema jurídico minimamente razoável, como os *princípios gerais de direito reconhecidos por todas as nações civilizadas*, pode-se dizer, universalmente aceitos. Um exemplo seriam aquelas regras que dispõe que «*não se deve matar uma pessoa inocente*». Tais espécies de regras direcionam para um tipo de conduta que não é, nunca, passível de justificação, e, que se praticado, é um mal em si mesmo (“*mala in se*”). A referida espécie de regra limitaria a atuação legislativa, impedindo que tais condutas fossem “*legalizadas*”, não estariam ao dispor do Legislador, de vontade política.

No caso de derivação “por determinação” há liberdade do legislador para definir algo que antes de *determinado* é indiferente para a moral.

²²⁷ cfr. BACHOF, Otto. Normas Constitucionais Inconstitucionais. Coimbra: Almedina, 1994 e PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. São Paulo: Método, 2010. p.32.

²²⁸ SÜSTERHENN, Adolfo. L'avènement du droit supra-positif dans l'évolution du droit constitutionnel allemand, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XXXVI, 1995.

²²⁹ Natural Law and Natural Rights. Oxford: New York, 1980.

Nesse caso, depois de estabelecida determinada regra, contrariá-la seria imoral e gerador de intranquilidade social e, portanto, exemplo negativo de conduta, reprovável moralmente e juridicamente.

Podemos exemplificar esse tipo de regra como as que definem a *direção no trânsito de veículos em via pública*, diferente em países como Brasil e Inglaterra, por exemplo. Nessa hipótese, o legislador escolher qual dos lados deve ser adotado, é indiferente para o direito e para a moral. Porém, depois de estabelecida a regra, quem não a obedecer estará praticando uma conduta imoral e ilegal.

Por isso, na visão de John Finnis todo o Direito deriva da moralidade e da lei natural, de fonte humana ou racional. A lei tem um valor intrínseco quando respeitada, obedecida, que é a justiça, a amizade entre os cidadãos, a ordem da sociedade e o bem comum.

8.2.11. *Evolucionismo (evolutionism)*

Justifica a interpretação constitucional pela atualização necessária da Constituição aos dias atuais, sem necessidade, por vezes, de modificação formal da Carta.

Mantém sempre a Constituição em conformidade com a realidade (histórica, social, econômica, etc.) vigente, evitando com isso perda de legitimidade da própria Carta pelo distanciamento alienante.

Veja que a Constituição Americana é a mesma (salvo poucas emendas) até os dias de hoje, embora sua interpretação tenha variado ao longo da história, bastando citar o famoso caso em que a Suprema Corte proscreeu a segregação racial, *Brown vs. Board of Education* (1954); segregação até então admitida com base na mesma Constituição, embora com outra interpretação.

Hoje é comum o uso do termo *mutação constitucional*.

A mutação constitucional é uma consequência da evolução na interpretação da Constituição por mudanças no próprio contexto, a qual, sem alteração no texto constitucional, muda o conteúdo da Constituição; o resultado da interpretação se modifica, a norma é outra.

A mutação constitucional é também um procedimento de modificação da Constituição, modificação informal, sem alteração formal da Carta.

Mutação constitucional é um **procedimento (informal) silencioso de modificação** das constituições.²³⁰

²³⁰ Conferir: **Mutação Constitucional**, 11.2.

A interpretação judicial como instrumento de mutação informal da Constituição. A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea.

HC 91.361, rel. min. Celso de Mello, j. 23-9-2008, 2ª T, DJE de 6-2-2009.

ADI 3.345, rel. min. Celso de Mello, j. 25-8-2005, P, DJE de 20-8-2010

8.2.12. Positivismo Jurídico²³¹

O termo *Positivismo Jurídico* ganhou tamanha complexidade ao longo dos anos que é necessário definir uma base comum, ou como diz Torrano, *temos que saber qual é o núcleo duro aceito por todos os autores – autointitulem-se ou não – positivistas*. Prossegue dizendo que a tese da separação entre *Direito e Moral*, embora rotineiramente invocada pelos “pós-positivistas”, é *imprestável a isso*.

Podemos destacar, com o autor, os três (3) pontos que constituem **o núcleo duro do Positivismo Jurídico**:²³²

(1) *Primeiro*: o Direito, para ser válido, não precisa satisfazer nenhum valor moral particular. (Austin: “The existence of law is one thing; its merit or demerit is another”);

²³¹ Sobre positivismo jurídico conferir por todos Bruno Torrano, um dos maiores defensores do positivismo jurídico no Brasil (embora como diga o autor, não no sentido clássico): https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/11/2012_11_6455_6506.pdf

“Nossa estratégia, nesse breve ensaio, é sair da posição de defesa a que muitos positivistas parecem ter-se acomodado. Tomaremos para nós a dor das vítimas, mesmo não considerando nosso pensamento como positivista stricto sensu. Como o jurista tem à sua frente o Direito, isto é, um conceito intrinsecamente controvertido, a crítica é natural e necessária. Mas, para os que confundem as coisas, sempre é bom deixar claro que, um, o ataque não será feito contra pessoas e, dois, não questionará de forma alguma a capacidade intelectual ou a lisura de nenhum teórico que defende o “pós-positivismo”. O ataque é ao “pós-positivismo”. In *re ipsa*.”

²³² Op.cit.

(2) Segundo: o Direito constitui necessariamente um fenômeno histórico, sendo decorrência exclusiva da vontade de seres humanos, de convenções humanas concretas, de fatos sociais;

(3) Terceiro: o Direito é sempre um meio, e nunca um fim. O Direito, por ser fato social, transforma a sociedade por meio da ação política da comunidade; os fins a que almeja não são, em si, Direito, mas fazem parte de preferências morais historicamente contingentes. Toda a normatividade do Direito advém das relações de poder necessárias para fazer que o meio (o Direito) atinja algum fim determinado.

8.2.12.1. *Positivismo Jurídico Brando* *ou Includente - Soft Positivism* (H.L.A.Hart; W.J.Waluchow)²³³

Herbert Lionel Adolphus Hart, falando sobre sua teoria, diz que a mesma é **geral e descritiva**. *Geral no sentido de que não se vincula a nenhum sistema jurídico ou cultura jurídica específicos, mas busca fornecer uma descrição explicativa e elucidativa do direito como instituição social e política complexas, dotada de um aspecto regulatório (e, nesse sentido, normativa).* É, portanto, uma teoria **descritiva** no sentido de ser **moralmente neutra** e sem finalidade justificadora.²³⁴

Hart vê o direito como um fato social e, desenvolve sua teoria avançando nas visões que imperavam até então, que viam o direito como mero produto da vontade soberana, resultado de uma manifestação histórica do poder político (por exemplo, Austin).

Em sua teoria Hart faz distinção entre **normas primárias** (normas de obrigação) e **normas secundárias**, as primeiras, *normas primárias*, dizem respeito a atos que os indivíduos devem ou não devem praticar, já as *normas secundárias*, situadas em um nível diferente das anteriores, versam sobre as *normas primárias*; **todas as normas secundárias se referem às normas primárias.**²³⁵

²³³ Hart: *Minha doutrina consiste no que tem sido chamado de soft positivismo*. HART, H.L.A. O Conceito de Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 323. WALUCHOW, Wilfried. Inclusive legal positivism. New York: Oxford University Press, 2003.

_____. The Many Faces of Legal Positivism. University of Toronto Law Journal, v.48, nº3, 1998.

²³⁴ HART. Herbert Lionel Adolphus. O Conceito de Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p.309/310.

²³⁵ Hart. p. 122. O direito pode ser caracterizado como uma combinação de normas primárias e normas secundárias.

Podemos falar da norma secundária como **norma de reconhecimento**, essa norma especifica os elementos necessários que, estando presentes em uma norma primária, serão indicações, conclusivas, de que se cuida de uma norma do grupo, a ser apoiada pela pressão social que este exerce.

Hart diz que em sistemas jurídicos avançados as normas de reconhecimento são mais complexas, por exemplo, o fato de terem sido aprovadas por um órgão específico (competente para tal), ou ainda, podem decorrer da prática consuetudinária (costumes incorporados ao sistema jurídico), ou mesmo a partir da práxis judicial (decisões dos Tribunais).²³⁶

A referida norma de reconhecimento não depende de previsão expressa, sua existência fica *demonstrada* pela forma como se identificam normas específicas, **sua existência é uma questão de fato**.

Rebatendo crítica de Dworkin, que fala em teste de *pedigree*²³⁷ e taxa a visão de Hart como um *plain-fact-positivism* (positivismo dos simples fatos), Hart ensina que em determinados sistemas jurídicos os critérios de análise de validade jurídica não se limitam ao aspecto formal (não se restringem ao teste de *pedigree*), não se limita ao exame relativo à forma e ao procedimento de criação ou adoção de uma lei, podem incorporar, explicitamente, valores morais substantivos, que funcionam igualmente como restrições constitucionais; podemos falar, portanto, em controle, não apenas formal, mas material de validade, algo normal em nosso sistema jurídico, por exemplo.²³⁸

A tese desenvolvida pelo professor inglês, não é refratária à ideia de incorporar ao direito, como critério de validade jurídica, princípios morais ou valores substantivos, razão pela qual é possível falarmos em um **positivismo brando** (*soft positivism*); os critérios de reconhe-

Primary rules are those that grant rights and impose obligations upon members of the community; secondary rules are those that stipulate how, and by whom, such primary rules may be formed, recognized, modified or extinguished.

²³⁶ Hart faz a advertência que existindo mais de um critério de identificação (um plexo de normas de reconhecimento) poderá haver conflito, nesse caso é importante estabelecer critérios por ordem de primazia, por exemplo, subordinação dos costumes ou das decisões judiciais ao direito positivado.

²³⁷ Dworkin. *Taking Rights Seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1978 e 19. ed. de 2002.

²³⁸ Hart. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.p.320.

cimento (validade) não se restringem aos aspectos formais de *pedigree*, podem incorporar, como mostrado, restrições substantivas ao próprio conteúdo da legislação.

A **norma de reconhecimento** possibilita que os membros de uma comunidade saibam se determinada norma de conduta (**norma primária**) faz parte do sistema jurídico, as quais cabe aos juízes aplicar.

O juízes atuam como verdadeiros árbitros de um jogo e, não tem liberdade de aplicar ou não uma regra válida do sistema, contudo, visto que é impossível ao direito regular todas as situações da vida, quando os juízes se deparam com causas não reguladas juridicamente poderão exercer certa discricionariedade, os tribunais *exercem um poder discricionário autêntico, embora intersticial, de criar o direito, naqueles casos em que a lei explicitamente vigente não impõe uma decisão; ou quando não há uma importante relação necessária ou conceitual entre direito e a moral, sempre com certa contenção.*²³⁹

Vejamos como o próprio autor faz referência à sua teoria:²⁴⁰

De acordo com minha teoria, a existência e o teor do direito podem ser determinados consultando-se as fontes sociais do direito (por exemplo, a legislação, as decisões judiciais e os costumes sociais), sem referência à moral, exceto quando o próprio direito assim identificado tiver incorporado critérios morais para sua identificação. Em casos de incompletude ou parcialmente indeterminados, quando o direito não pode fundamentar uma decisão em um ou outro sentido, os juízes não devem deixar de julgar e remeter ao Legislativo (como defendia Bentham), deverão exercer sua discricionariedade e criar o direito referente ao caso sob exame.

Podemos concluir, na esteira de Hart, que a validade jurídica de uma norma poderá, eventualmente, depender de sua consistência com princípios ou valores morais, desde que a regra de reconhecimento incorpore essa possibilidade.

8.2.12.2. Positivismo Jurídico

Excludente-Hard Positivism

(J. Raz; S. Shapiro; A. Marmor)

Joseph Raz, pupilo de H.L.A.Hart, defende que somente os fatos sociais contribuem para o conteúdo do direito, a validade jurídica de uma

²³⁹ Op.cit.p.334/335.

²⁴⁰ Op.cit.p.347, 351/352. Na teoria interpretativa de Dworkin, toda proposição jurídica que especifica o teor do direito a respeito de algum tema envolve necessariamente um juízo moral.

norma não depende de sua coerência, ou compatibilidade, com princípios ou valores morais, mas apenas da existência fática de uma fonte social do Direito que reconheça essa norma como válida. Em outros termos, a existência e o conteúdo de uma norma jurídica será definido pela análise de fatos sociais que podem ser descritos em termos valorativamente neutros.

Para W.J. Waluchow, no positivismo excludente “a existência de uma regra jurídica válida é somente uma questão de saber se ela possui fonte apropriada na legislação, na decisão judicial, ou no costume”.²⁴¹

Torrano, citando posição de Joseph Raz, diz que *o Direito só é Direito porque e quando faz uma reivindicação de autoridade legítima. A Moral, quando reconhecida por uma fonte legítima (pedigree), assume o caráter próprio do Direito: a pretensão de autoridade. A partir do momento que uma fonte social do Direito é localizada, ela se torna uma razão definitiva para a ação das pessoas que estão submetidas ao império dessa autoridade, independentemente do seu conteúdo. Não significa, obviamente, que as pessoas tenham o dever de obedecer a essa norma; por isso se fala em reivindicação de autoridade, ou pretensão de autoridade: a obediência pode ser afastada, por exemplo, caso a norma seja extremamente imoral. Agora bem, se nessa fonte do Direito localizam-se preceitos morais, isso significa que a norma abre ao intérprete a possibilidade de “sair do Direito”, buscando no plano Moral a melhor solução para o caso.*²⁴²

Na visão de Joseph Raz, na chamada zona descoberta ou não mapeada, quando o juiz vai além da aplicação da norma e recorre a raciocínios morais, não faz direito, pratica filosofia moral, está fora do direito; essa zona aberta ou não mapeada é bem reduzida.

8.2.13. Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) de Lenio Streck

No Brasil, sem dúvida, devemos a Lenio Streck o desenvolvimento de uma *teoria da decisão* que impulsionou os estudos jurídicos brasileiros (mesmo que para exercer avaliações críticas), Lenio aponta para necessidade de desenvolvimento de uma teoria própria, com a finalidade de controlar o voluntarismo e o arbítrio do juízes, diz o autor que o controle das decisões judiciais e da interpretação do direito em geral está no centro da discussão.²⁴³

²⁴¹ WALUCHOW, Wilfried. Inclusive legal positivism. New York: Oxford University Press, 2003.

²⁴² Torrano. Op. cit.

²⁴³ Streck. Verdade e Consenso. São Paulo: Saraiva. 2012.p.56.

Streck destaca que a hermenêutica filosófica *leva vantagem sobre as demais teorias pois, a faticidade, o modo de ser-no-mundo comanda a atividade compreensiva*, ressaltando que, no primeiro salto heideggariano, supera-se o caráter epistemológico-metodológico da filosofia, mostrando que a filosofia é hermenêutica; *em seguida, o salto gadameriano*, mostra que a hermenêutica é filosófica, condição de ser-no-mundo.²⁴⁴

Ao desenvolver sua teoria, Lenio defende um **direito fundamental à obtenção de respostas corretas/adequadas à Constituição**, para tanto sua tese se baseia na *hermenêutica filosófica de Gadamer* conjugada com a *Teoria da Integridade e Coerência* de Ronald Dworkin, resultando em uma postura *antirelativista* ou *antidiscricionária*.

A partir das ideias de Heidegger e Gadamer não há mais espaço para dicotomia sujeito/objeto, com suas teorias ocorre a *superação da relação sujeito-objeto*.

Nessa linha de pensamento, a *linguagem* invade a *filosofia* possibilitando superar a estrutura sujeito-objeto, a linguagem funciona como **condição de possibilidade**.

Prossegue dizendo que:²⁴⁵

Em Gadamer (assim como em Heidegger), a linguagem não é uma terceira coisa que se interpõe entre sujeito e objeto. O esquema sujeito-objeto está superado. O objeto não é uma simples presença. Além da ultrapassagem da metafísica clássica, a filosofia (fenomenologia) hermenêutica (Heidegger) e a hermenêutica filosófica (Gadamer) superam o mito da autotransparência absoluta do sujeito, a "certeza de si do pensamento pensante" (Sebstgewissheit des denkenden Denken, na expressão de Gadamer).

No caminho do pensamento de Gadamer se pode extrair três consequências, a primeira (1ª) indica que o objeto hermenêutico é constituído pela linguagem; a segunda (2ª) nos diz que o próprio processo hermenêutico, o processo de compreensão e interpretação, é também determinado pela linguagem; terceiro (3ª) a linguagem forma o horizonte de uma ontologia hermenêutica.

Já a filosofia de Heidegger tem como foco a pergunta pelo *ser*, ou com o *sentido* do *ser*, a hermenêutica é vista como elo entre o preocupar-se do homem com o seu eu, a própria compreensão é possibilidade de ser ou, *compreender é o ser desse poder ser, compreender é o ser existencial*

²⁴⁴ Op. cit.p.70.

²⁴⁵ Streck.p.103.

do poder-ser próprio do Dasein (ser-aí) ele mesmo de tal maneira que este ser abre em si mesmo o que lhe próprio.²⁴⁶

Em outros termos, o compreender como abertura engloba toda a constituição fundamental do ser no mundo, o compreender-se é compreender-se em um mundo, a pergunta pelo ser tem em mente, portanto, as condições de possibilidade, o compreender projeta para as condições de possibilidade em que o ser é suas possibilidades como possibilidades de ser.

Heidegger diz que, *entendido o ser como suas possibilidades no mundo, o compreender como poder-ser possui ele mesmo possibilidades delineadas pelo âmbito de tudo que pode se abrir. Esse poder-ser nunca é mais do que é faticamente, porque o poder-ser pertence à sua factualidade. Como seres no mundo estamos historicamente situados, a compreensão é um entendimento de si mesmo inserido em um contexto histórico, e não fora dele, esse compreender envolve um exame das condições fáticas de possibilidade e os sentidos que se apresentam a partir do contexto que se está inserido. A interpretação funda-se no compreender e não o contrário. Interpretar não consiste em tomar conhecimento do que se compreendeu, mas sim, elaborar possibilidades que se abriram no compreender, visto como uma estrutura prévia da interpretação.*

Streck afirma que, “com o giro ontológico operado por Heidegger, dá-se - de forma inédita em toda a tradição filosófica - uma reconciliação entre prática e teoria e, ao mesmo tempo, ocorre um deslocamento do solipsismo subjetivista para um contexto intersubjetivo de fundamentação. Essa visão privilegia a dimensão das vivências fáticas.

É desse modo, pois, que a hermenêutica irá responder ao problema da relação entre teoria e prática: um contexto intersubjetivo de fundamentação, no interior do qual tanto o conhecimento teórico quanto o conhecimento prático se dão na abertura do pré-compreender estruturante. É - por assim dizer - desse comportamento moral, o qual se dá na pré-compreensão, que podemos extrair a ideia de resposta correta e de institucionalização do mundo prático dos princípios”. Segue o autor dizendo que, *não interpretamos para compreender, e, sim, compreendemos para interpretar.*²⁴⁷

Gadamer fala em interpretação como explicitação do compreendido, a partir dessa nova visão sobre hermenêutica rompe-se definitivamente, como mostrado à exaustão, com a relação sujeito-objeto, como diz Streck, isso representa uma verdadeira **revolução copernicana**.²⁴⁸

²⁴⁶ *Verstehen ist das existenziale Sein des eigenen Seinkönnens des Dasein selbst, so zwar, daß dieses Sein an ihm selbst das Woran des mit ihm selbst Seins erschließt. Die Struktur dieses Existenzials gilt es noch schärfer zu fassen.*

²⁴⁷ Verdade e Consenso. São Paulo: Saraiva. 2012.p.456.

²⁴⁸ Op.cit.p.468.

Nas palavras de Heidegger a interpretação é o *próprio desenvolvimento do compreender*. Na interpretação, o compreender, compreendendo, apropria-se do seu compreendido. Na interpretação o entender não se torna algo diverso, mas ele mesmo. A interpretação se funda existencialmente no compreender e este não surge dela.²⁴⁹

A interpretação se funda em uma estrutura prévia, onde o compreender é um compreender-se a partir de seu mundo, a partir das condições de possibilidade; no compreender, sempre haverá uma antecipação de sentidos que se abrem no compreender.

Essa estrutura prévia, do compreender, possui três momentos fundamentais na visão de Heidegger:

- 1º) **Posição-prévia (Vorhabe)**: a interpretação se funda cada vez em um ter-prévio (*Diese gründet jeweils in Reiner Vorhabe*), onde o ser entendedor se move relativamente a uma já entendida totalidade-de-conjunção, é a posição que possibilita o horizonte de articulações;
- 2º) **Ver-prévio (Vorsicht)**: nesse segundo momento se dá um “recorte” do que se abriu na posição-prévia, segundo uma possibilidade determinada de interpretação (*Die Auslegung gründet jeweils in einer Vorsicht, die das in Vorhabe Genommene auf eine bestimmte Auslegbarkeit ‘anschneidet’*).
- 3º) **Concepção/Antecipação-prévia (Vorgriff)**: nesse terceiro momento se dá a apreensão desse conjunto de posições e visões prévias, o compreendido, estabelecido em uma posição prévia e visado (**anvisirte**: alvo, foco, visado) em uma visão prévia tornam-se conceitos pela interpretação.

A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição-prévia (*Vorhabe*), numa visão prévia (*Vorsicht*) e concepção prévia (*Vorgriff*). A interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições, como algo previamente dado. Quando a concretização particular da interpretação, no sentido da interpretação exata do texto, se satisfaz em se basear no que “*está*” no texto, aquilo que de imediato se apresenta, nada mais é do que a opinião prévia indiscutida e supostamente evidente do intérprete. Em todo princípio de interpretação esse “*resultado*” já se apresenta como o que está posto, como aquilo que já se apresenta como previamente dado na **posição-prévia**, no **ver-prévio** e na **concepção-prévia**.

²⁴⁹ Heidegger. Ser e Tempo. §32.

A interpretação se movimenta, portanto, no que foi compreendido e dele se alimenta, podemos dizer que se movimenta em um *círculo* (*círculo hermenêutico*²⁵⁰), o decisivo não é sair do círculo, como dizem os defensores de uma “neutralidade interpretativa”²⁵¹, mas sim, entrar no círculo de modo adequado, este círculo do compreender não é um cerco, em que se movimenta um modo qualquer de conhecimento, mas é própria expressão da estrutura-prévia existencial. Nesse círculo se abriga a possibilidade positiva de conhecimento mais originário.

Toda interpretação funda-se no compreender, o sentido é o que se articula como tal na interpretação e que no compreender já se delineou como possibilidade dessa articulação.

Com Gadamer, Lenio adota a ideia de compreensão a partir da consciência de nossa própria condição de seres historicamente situados e dos próprios efeitos dessa história, incorpora a ideia de círculo hermenêutico, da fusão de horizontes (entre passado e presente, entre texto e intérprete, entre mundo do objeto de interpretação e o mundo de quem se propõem a compreendê-lo), rompendo com a cisão entre compreender, interpretar e aplicar, pois, quando compreendemos já interpretamos e aplicamos.

Por fim, Streck incorpora a ideia de Dworkin, do **direito como integridade e coerência**, defendendo uma resposta constitucionalmente adequada, com base em uma moralidade política *que amarra o intérprete, evitando discricioniedades, arbitrariedades e decisionismos*.

A tese defendida por Lenio é, nas palavras do mesmo, *uma simbiose entre as teorias de Gadamer e de Dworkin, com o acréscimo de que a resposta não é nem única nem a melhor, simplesmente se trata da resposta constitucionalmente adequada, isto é, deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma*.²⁵²

²⁵⁰ O termo **círculo hermenêutico** aqui utilizado não se confunde com sua utilização comum em nossa doutrina, como sendo um processo do geral para o individual, do individual para o geral, mas sim no sentido de ingressar na própria história, esse círculo do compreender pertence à estrutura do sentido. Onde o todo deve ser entendido pela parte e a parte só ganha sentido pelo todo.

²⁵¹ Dizem os críticos que este seria um *circulus vitiosus*, o ideal, portanto, seria que se pudesse evitar esse círculo na esperança de se criar, pela primeira vez, uma interpretação independente do ponto de vista do observador.

²⁵² Streck. Op. cit.p.

Não vemos, na esteira de Hart, incompatibilidade com a ideia de um positivismo moderado, baseado em uma regra de reconhecimento e **limitado constitucionalmente**.

Diz o autor que, a *hermenêutica afasta o fantasma do relativismo, porque este nega a finitude e sequestra a temporalidade. No fundo, trata-se de admitir que, à luz da hermenêutica (filosófica), é possível dizer que existem verdades hermenêuticas.*

*A multiplicidade de respostas é característica não da hermenêutica, e, sim, do positivismo.*²⁵³

8.2.14. Teoria do Realismo Jurídico (Legal Realism)²⁵⁴

A teoria do Realismo Jurídico surge a partir da tentativa, de muitos filósofos, de se definir “o que é O Direito”, pergunta que ainda não alcançou resposta satisfatória até o presente, permanecendo, como vimos anteriormente, objeto de intensa divergência.

Para o realismo jurídico o Direito é um fenômeno social.

Miguel Reale, de forma peremptória, diz: *O Direito é um fato ou fenômeno social.*²⁵⁵

O direito não existe fora da sociedade, sendo uma das características do realismo jurídico ver o direito na sua condição de *ser* social; não se deve, portanto, ver o direito e estudá-lo apenas como uma estrutura jurídico normativa, o direito não comporta uma análise estritamente dogmática.

Reale dizia ser *difícil separar a experiência jurídica das estruturas lógicas*, por outras palavras, é impossível se destacar as estruturas normativas da experiência social nas quais e através das quais ela ocorre.²⁵⁶ A cisão entre sociologia jurídica e dogmática jurídica é artificiosa portanto.

O **Realismo** tem base empírica, fática e, diferente do sistema clássico dedutivo, promove uma inversão, pregando o uso do método indutivo.²⁵⁷

Essa teoria propõe uma inversão na ordem de decidir, o juiz parte do caso e busca no direito a melhor respostas para *justificar* o que já deci-

²⁵³ cfr. STRECK. Verdade e Consenso.

²⁵⁴ Consultas complementares: DINIZ, Maria Helena. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito; e as obras do professor: João Maurício Adeodato.

²⁵⁵ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p.2. Conferir também, do autor: Filosofia do Direito.

²⁵⁶ REALE. Op.cit. p.3.

²⁵⁷ Métodos lógicos:

Dedutivo: é uma forma de raciocínio que independe de análise empíricas, se desenvolve tendo como premissa uma verdade sabida ou admitida para uma nova verdade, com base estritamente na razão, nas leis do pensamento;

Indutivo: o método indutivo é caracterizado por um processo de reflexão que se desenvolve a partir de fatos particulares até se chegar a uma conclusão geral.

dido, diferente do modelo dedutivo, onde o juiz aplica as normas gerais previamente estabelecidas para o(s) caso(s), como *fundamento* para decidir.

“O juiz primeiro decide em seu íntimo e só depois busca os fundamentos do que mentalmente já decidido”, frase famosa do min. Marco Aurélio Mello (STF), expressa bem a ideia.

Realismo jurídico (*legal realism*) é, portanto, um conjunto de teorias doutrinárias da filosofia do direito que percebem o sistema jurídico como fato, distanciando-se da metafísica e de visões mais idealistas sobre o direito.

Os realistas costumam entender a decisão judicial (que seria um ato de vontade política) como a verdadeira forma de determinação do direito. Suas principais versões se desenvolveram nos Estados Unidos e nos países escandinavos.

Quando se afirma que as *teorias realista* se fundamentam em fatos, que o objeto de preocupação para os realistas é o fato, não se refere ao fato do cotidiano, nem o fato social propriamente.

O fato que vai ser a referência para o realismo é a **decisão judicial**, pois, para esse conjunto de correntes doutrinárias, o direito é aquilo que os tribunais fazem e não o que se espera que ele faça ou o que as fontes do direito indiquem que ele faça.

As teorias realistas veem o Direito como um sistema de normas jurídicas estabelecidas pelo Legislativo e simplesmente aplicadas pelos juizes e tribunais.

8.2.14.1. *Realismo Jurídico Americano*²⁵⁸

Nos Estados Unidos, o chamado realismo norte-americano, teve seu marco inicial nas décadas de 1920 e 1930, contudo, no início da década de 60, ganha impulso com o surgimento da *Critical Legal Studies*, sendo bastante discutido atualmente.

O Realismo Jurídico Americano tem como seu maior nome Oliver Wendel Holmes Jr., que foi juiz da Suprema Corte Americana.²⁵⁹

²⁵⁸ Autores adeptos do Realismo Jurídico Americano: Oliver Wendel Holmes, Jerome Frank, John C. Gray e Karl Llewellyn.

²⁵⁹ Na Suprema Corte Americana, adotando uma **linha pragmática**, não necessariamente realista: Brandeis; Cardozo; Frankfurter; Jackson; Douglas; Brennan; Powell; Stevens; White e Breyer.

Holmes, enquanto juiz da Suprema Corte, também é conhecido por criar a famosa fórmula que possibilita, excepcionalmente, limitar a liberdade de expressão: Go-

Para essa escola, o Direito posto, positivado, funciona como mera previsão (caráter preditivo), possibilidade, do que poderá ser (não *deverá*) aplicado pelos juizes (tribunais), as leis e os precedentes judiciais funcionam apenas como diretrizes, não mais do que indicativos, guias, da atividade judicial.

O Justice Oliver Wendel Holmes Jr., em seu famoso livro *The Path of the Law* (1897), assim se manifestou:

“As pessoas querem saber sob que circunstâncias e até que ponto correrão o risco de ir contra o que é tão mais forte que elas mesmas, e, portanto, torna-se um objetivo descobrir quando esse perigo deve ser temido. O objeto do nosso estudo, então, é previsão, a previsão da incidência da força pública através do instrumento dos tribunais.

As profecias do que os tribunais farão, de fato, e nada de mais pretensioso, são o que quero designar como Direito. (**The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law**)

Os direitos e deveres primários com os quais se ocupa a jurisprudência, novamente, nada mais são que profecias”.²⁶⁰

No mesmo sentido Benjamin N. Cardozo, também juiz da Suprema Corte Americana, dizia:

“O que nos permite dizer que os princípios são Direito é a força ou a persuasividade da **previsão** de que eles serão ou devem ser aplicados”.²⁶¹

O juiz de bases pragmáticas enfrenta a jurisprudência, as leis e a Constituição como fontes onde se busca informação que seja de utilidade para o resultado provável, servindo como ponto de referência, como norte, guia interpretativo.

O realismo jurídico tem base pragmática, como facilmente se nota, e, enquanto o positivista atribui maior peso às normas jurídicas, o realista confere peso maior aos fatos.

Posner diz que o juiz pragmático crê que o futuro não pode ser escravo do passado.²⁶²

vernment could punisse political speech only when that speech posed a ‘clear and present danger’ to society.

²⁶⁰ Kelsen, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p 241-242.

²⁶¹ *Ibidem*.

Atenção: a expressão “será” indica previsão, já a expressão “deverá” indica certeza quanto à aplicação, dizia Kelsen.

²⁶² “What constitutes the law? You will find some text writers telling you that it is something different from what is decided by the courts of Massachusetts or

Concluindo com Llewellyn: *As normas só são importantes na medida em que possam ajudar a prever o que os juizes farão. Essa é toda a sua importância; fora isso, não passam de brinquedinhos bonitinhos.*²⁶³

8.2.14.2. Realismo Jurídico Escandinavo²⁶⁴

O Realismo Jurídico Escandinavo é contemporâneo do Realismo Jurídico Americano, sendo voltado aos conceitos jurídicos fundamentais e, à análise sócio-psicológica das regras jurídicas, tem caráter mais filosófico do que seu irmão americano, sua preocupação maior é com o sentido concreto, empírico, das expressões jurídicas fundamentais, não atrelada à conceitos metafísicos, absolutos, ou mesmo jusnaturalistas.

A teoria do realismo escandinavo preocupou-se, essencialmente, em rechaçar um conjunto de ficções, fantasias e metafísica que são comumente utilizadas no estudo do Direito.

É preciso, entendem os defensores dessa linha de pensamento, afastar as teorias que veem o direito como magia ou misticismo, o importante é enxergar como o “sistema jurídico” realmente funciona.

Para Karl Olivecrona, que foi um expoente desse pensamento, a obrigatoriedade do direito é fruto de fantasia, superstições e crenças. Essa “força obrigatória do direito” não é um fato, pois não tem lugar “no mundo real, o mundo do tempo e do espaço” e seria apenas uma ideia da mente humana.

Alf Ross, que foi um dos maiores defensores do realismo escandinavo, foi crítico do realismo jurídico norte-americano, mas também crítico do positivismo jurídico.

Ross buscou em seus trabalhos conciliar as duas correntes, propôs que o conceito de validade jurídica dependeria do que é efetivamente

England, that it is a system of reason, that it is a deduction from principles of ethics or admitted axioms or what not, which may or may not coincide with the decisions. But if we take the view of our friend the bad man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact. I am much of this mind. The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law”.

Oliver Wendell Holmes, Jr. *The Path of the Law*. Massachusetts: Harvard Law Review, 1897. p.15.

²⁶³ Hart. *Op.cit.*p.180.: Não há normas, apenas decisões e comportamentos previsíveis.

²⁶⁴ Autores adeptos do Realismo Jurídico Escandinavo escola de Uppsala e de Copenhagen: Axel Hägerström (1868–1939), Karl Olivecrona (1897–1980), Alf Ross (1899–1979) e Anders Vilhelm Lundstedt (1882–1955).

concretizado pelo juiz, mas também admitiu a existência de regras pré-definidas que vinculam o juiz. Para o autor, seria impossível afirmar que todo o sistema jurídico é somente o que afirmado pelos juizes (tribunais) em suas decisões, existem, pois, regras (regras formais, de competência, por exemplo) que estabelecem as condições para que uma decisão seja proferida.²⁶⁵

8.2.14.2.1. O Realismo Psicológico

Vê a realidade do direito nos fatos psicológicos. Nessa linha de pensar, uma norma jurídica será tida como vigente se for aceita pela consciência jurídica popular. A aplicação pelos tribunais é um fato, em certa medida, secundário, posto que seria o desdobramento normal do fato de a consciência popular, que determina, até mesmo, as reações do julgador, tê-la como obrigatoria.

Conforme essa visão, para sabermos se uma regra jurídica é vigente deve-se promover uma análise sócio-psicológica, necessário investigar se essa regra é aceita pela consciência jurídica popular.

8.2.14.2.2. O Realismo Conductista/ Comportamental (behaviourismo)

Relaciona o direito com as decisões dos tribunais. A norma será vigente, se existirem razões suficientes para imaginarmos que ela será acatada pelos tribunais em suas decisões, baseado em consistência e previsibilidade.

Temos aqui, como se vê, uma inversão: o fato de as normas serem compatíveis com a consciência jurídica dominante é derivado e secundário, é um pressuposto inerente, mas não fundamental para que sejam acatadas pelos tribunais.

Alf Ross sintetiza as duas linhas do Realismo Escandinavo:²⁶⁶

*Solo podremos alcanzar una interpretación sostenible de la vigencia del derecho, si efectuamos una síntesis del **realismo psicológico** y el **realismo conductista**. Tal es lo que he intentado*

²⁶⁵ ROSS, Alf. El Derecho e la Justicia, 4a edição. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977. p.72-73.

²⁶⁶ ROSS, Alf. El Derecho e la Justicia, 4a edição. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977. p. 72-73.

*explicar en el presente capítulo. Mi punto de vista es **conductista** en la medida en que busca hallar consistencia y predecibilidad en la conducta verbal, exteriormente observada, del juez. Es **psicológico**, en la medida en que la aludida consistencia es la de un todo coherente de significado y motivación, únicamente posible sobre la base de la hipótesis de que en su vida espiritual el juez se halla gobernado y motivado por una ideología normativa cuyo contenido conocemos.*

8.3. Discussão no direito alemão (teorética alemã) quanto aos métodos de interpretação constitucional (métodos de interpretação constitucional)

O direito alemão não fica ao largo da discussão.

Canotilho chega a fazer um paralelo com o debate travado no direito americano entre **interpretativismo** e **não interpretativismo**, quando diz que “a polêmica da doutrina alemã entre os métodos de interpretação da constituição, apresenta alguns pontos de contacto com a querela entre interpretativistas e não interpretativistas”.²⁶⁷

Como já deixamos gizado, o estágio atual de complexidade do tema não mais acomoda essa subdivisão, utilizada apenas para apresentação do mesmo.

No presente tópico trataremos dos *métodos específicos de interpretação constitucional*, não sendo objeto de análise a divergência metodológica entre as teorias sobre os limites da interpretação constitucional, visto no item anterior.

Cuidaremos, por tanto, do conjunto de métodos destinados à interpretação da Constituição.

8.3.1. Métodos de Interpretação Constitucional²⁶⁸

8.3.1.1. Método Jurídico (Ernst Forsthoff)

Conforme a *metódica jurídica*, de Ernst Forsthoff, a interpretação constitucional não se difere da interpretação de uma lei, é, portanto,

²⁶⁷ Op. cit. p.1198.

²⁶⁸ PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 1ª ed., São Paulo: ed.Método, 2010.

interpretação legal. Deve a interpretação constitucional seguir os métodos tradicionais da interpretação jurídica (quanto à origem – elemento genético; quanto ao meio – elemento instrumental; quanto à finalidade – elemento teleológico).

O intérprete não desempenha atividade *valorativa, criativa*; trata-se de método formalista, ligado ao positivismo jurídico clássico. Recorre aos tradicionais métodos de interpretação legal, **métodos desenvolvidos por Savigny** (ex. métodos: autêntico/legislativo, administrativo, doutrinal, jurídico, lógico, histórico, sistemático, gramatical, teleológico, declaratório, extensivo, restritivo).

Não há, independentemente da posição hierárquica, diferenças substanciais entre a interpretação de uma lei e da Constituição, essa, afinal, também é uma lei, na essência.

Para se captar o sentido da lei constitucional, devem utilizar-se os cânones ou regras tradicionais de hermenêutica.

Esse posicionamento, embora ainda muito utilizado e importante, não atende plenamente aos modernos movimentos constitucionais.

Vejamos cada uma das técnicas clássicas.

8.3.1.1.1. Quanto à Origem

8.3.1.1.1.1. Autêntica ou Legislativa

É a interpretação promovida pelo próprio legislador quando da edição da norma jurídica de caráter explicativo, ou quando o Poder Legislativo exerce juízo interpretativo, por exemplo, na elaboração de normas jurídicas. Autêntica seria, portanto, aquela que provem do próprio órgão responsável pela elaboração da lei ou da constituição.

Vejamos decisão nesse sentido:

É plausível, em face do ordenamento constitucional brasileiro, o reconhecimento da admissibilidade das leis interpretativas, que configuram instrumento juridicamente idôneo de veiculação da denominada interpretação autêntica. As leis interpretativas – desde que reconhecida a sua existência em nosso sistema de direito positivo – não traduzem usurpação das atribuições institucionais do Judiciário e, em consequência, não ofendem o postulado fundamental da divisão funcional do poder. Mesmo as leis interpretativas expõem-se ao exame e à interpretação dos juízes e tribunais. Não se revelam, assim, espécies normativas imunes ao controle jurisdicional. ADI 605 MC, rel. min. Celso de Mello, j.

8.3.1.1.1.2. Doutrinária

Interpretação feita pela doutrina, pelos juristas, pelos operadores do Direito, por exemplo, um professor quando ministra uma aula, um autor quando escreve um livro jurídico, um artigo, ou quando dá um parecer, enfim, em um sentido bastante amplo, por todos operadores do Direito que vivem em um mesmo contexto regulado por uma constituição.

8.3.1.1.1.3. Jurisprudencial

É aquela feita pelos juizes, pelos magistrados no exercício da função jurisdicional, constituída por decisões proferidas pelo magistrados, integrando o que se chama de jurisprudência, conjunto de decisões judiciais.

8.3.1.1.1.4. Administrativa

É a interpretação feita pelo Poder Executivo e seus órgãos administrativos, por exemplo, no caso de veto a projeto de lei, ou ainda quando o administrador deixa de aplicar norma que entenda inconstitucional.

Constituição: Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

8.3.1.1.2. Quanto ao Meio²⁶⁹

²⁶⁹ Interpretação sistemática e teleológica:

Competência concorrente e proteção ao consumidor -

O Plenário, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada em face do art. 2º, I, da Lei 7.574/2017 do estado do Rio de Janeiro. O dispositivo em questão obriga as empresas prestadoras de serviços de televisão a cabo, por satélite ou digital, a fornecerem previamente ao consumidor informações sobre a identificação dos profissionais que prestarão serviços na sua residência.

8.3.1.1.2.1. *Literal ou Gramatical*

A interpretação gramatical (filológica, semântica) tem ligação com o *textualismo*. É baseada no sentido literal do texto interpretado. O intérprete não cria nada, busca revelar os sentidos possíveis do texto analisado a partir de um exame linguístico. Recorre-se aos usos acadêmicos da linguagem jurídica.

8.3.1.1.2.2. *Lógica*

Leva em consideração a compatibilidade lógica entre normas constitucionais. Método dogmático, que tem por base os elementos lógicos do direito positivado.

8.3.1.1.2.3. *Sistemática*

Faz uma análise do sistema jurídico constitucional como um todo, evitando interpretações de dispositivos isolados; busca-se interpretar as normas jurídicas em conjunto. As normas jurídicas não devem ser interpretadas de forma fragmentada. Método dogmático, que tem por base os elementos sistemáticos do direito positivado.

A Corte afirmou não ser a Federação apenas um mecanismo de distribuição de competências e rendas, mas também de desconcentração do poder político e, como tal, um instrumento para estimular a democracia.

Antes de ter-se como inconstitucional determinada norma que, aparentemente, se insere na competência normativa de outro ente, deve-se proceder a uma **leitura sistemática e teleológica da Constituição Federal (CF)**.

No caso, o valor constitucional tutelado primariamente pela norma impugnada não é o serviço de telecomunicações em si, mas a própria segurança do consumidor. O ato normativo impugnado estabelece uma obrigação de fazer, ou seja, uma obrigação de prestação positiva, que é informar ao consumidor. Tratando-se de matéria sujeita à competência concorrente (CF, art. 24, V (1)), mostra-se legítima a atividade legislativa do estado-membro ao ampliar as garantias dos consumidores. Assim, não há que se falar em invasão da competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações.

Vencidos os ministros Alexandre de Moraes (relator), Gilmar Mendes e Dias Toffoli (presidente), que julgaram procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade da norma impugnada, por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações.

CF: "Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) V – produção e consumo;"
ADI 5745/RJ, rel. Min. Alexandre de Moraes, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgamento em 7.2.2019. (ADI-5745)

Competência concorrente e proteção ao consumidor

O Plenário, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada em face do art. 2º, I, da Lei 7.574/2017 do estado do Rio de Janeiro. O dispositivo em questão obriga as empresas prestadoras de serviços de televisão a cabo, por satélite ou digital, a fornecerem previamente ao consumidor informações sobre a identificação dos profissionais que prestarão serviços na sua residência.

A Corte afirmou não ser a Federação apenas um mecanismo de distribuição de competências e rendas, mas também de desconcentração do poder político e, como tal, um instrumento para estimular a democracia.

Antes de ter-se como inconstitucional determinada norma que, aparentemente, se insere na competência normativa de outro ente, **deve-se proceder a uma leitura sistemática** e teleológica da Constituição Federal (CF).

No caso, o valor constitucional tutelado primariamente pela norma impugnada não é o serviço de telecomunicações em si, mas a própria segurança do consumidor. O ato normativo impugnado estabelece uma obrigação de fazer, ou seja, uma obrigação de prestação positiva, que é informar ao consumidor. Tratando-se de matéria sujeita à competência concorrente (CF, art. 24, V (1)), mostra-se legítima a atividade legislativa do estado-membro ao ampliar as garantias dos consumidores. Assim, não há que se falar em invasão da competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações.

Vencidos os ministros Alexandre de Moraes (relator), Gilmar Mendes e Dias Toffoli (presidente), que julgaram procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade da norma impugnada, por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações. ADI 5745/RJ, rel. Min. Alexandre de Moraes, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgamento em 7.2.2019. (ADI-5745)

8.3.1.1.2.4. Histórica

Cabe ao intérprete analisar o contexto histórico do ato que está sendo interpretado, o contexto histórico em que o ato foi criado, o procedimento de evolução histórica daquele ato até o momento presente. (podemos falar em interpretação histórico/evolutiva)

Warat falava em *apelo ao espírito do povo; apelo à necessidade*.²⁷⁰

²⁷⁰ WARAT, Luis Alberto. Introdução Geral ao Direito I. Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1994.p.88/89.

8.3.1.1.2.5. Teleológica

Busca-se atender a finalidade para a qual a norma foi instituída e, conseqüentemente, interpretá-la de forma que a norma promova o fim para o qual foi estabelecida.²⁷¹

(...) Art. 102, I, *m*, da CF/1988. **Interpretação teleológica.** (...) Questão de ordem resolvida no sentido de que não compete originariamente ao STF a execução individual de sentenças genéricas de perfil coletivo, inclusive aquelas proferidas em sede mandamental coletiva, cabendo essa atribuição aos órgãos competentes de primeira instância.

Pet 6.076 QO, rel. min. Dias Toffoli, j. 25-4-2017, 2ª T, DJE de 26-5-2017.

Compete ao STF processar e julgar originariamente ações propostas contra o CNJ e contra o CNMP no exercício de suas atividades-fim.

Warat indica, *de forma crítica*, os seguintes métodos ou técnicas de interpretação jurídica:

1) método gramatical; 2) método exegético (apelo ao espírito do legislador); 3) método histórico (apelo ao espírito do povo ou à necessidade); 4) método dogmático (análise lógica e sistemática do direito positivado); 5) método comparativo (análise de outros sistemas jurídicos); 6) método da escola científica francesa (idealização sistêmica do *real* em busca de sua adaptação social); 7) método sociológico (análise sistêmica dos fatos); 8) método da escola do direito livre (interpretação a partir da busca de *certeza decisória*); 9) método teleológico (interpretação a partir dos fins); 10) método do positivismo fático (análise linguística a partir do contexto de uso); 11) método tópico retórico (conclusões dialéticas a partir de *topoi*- lugares comuns, pontos de vista - é a forma de argumentação a partir de *lugares comuns*; 12) método egológico (interpretação valorativa que leva em consideração o exame empírico, social, da conduta humana).

Warat critica os métodos jurídicos de interpretação, pois, entende que esses métodos ocultam uma pauta ideológica, servindo como *álibi teórico para emergências das crenças que orientam a aplicação do Direito*. Diz, ainda, que sob a aparência de uma *reflexão científica* criam-se fórmulas interpretativas que permitem:

a) estabelecer uma *finalidade imaginária sobre a função do Direito*; b) ocultar as relações entre as decisões judiciais e a problemática dominante; c) revelar como verdades derivadas de fatos, ou das normas, as diretrizes éticas que condicionam a reflexão jurídica; d) conferir status de neutralidade e estatuto de ciência aos juristas, conferindo legitimidade a interpretação jurídica.

²⁷¹ Antes de ter-se como inconstitucional determinada norma que, aparentemente, se insere na competência normativa de outro ente, **deve-se proceder a uma leitura sistemática e teleológica** da Constituição Federal (CF). (ADI-5745)

A Constituição não discriminou quais ações contra o CNJ e contra o CNMP seriam da alçada do STF, do que se extrai ter procurado fixar atribuição mais ampla para a análise de tais demandas. Essa leitura é corroborada pelo fato de que, quando pretendeu restringir a competência do Tribunal apenas às ações mandamentais, o constituinte o fez de forma expressa.

Porém, isso não significa que a Corte deva afirmar sua competência para conhecer toda e qualquer ação ordinária contra atos daqueles conselhos constitucionais. A regra de competência **deve ser interpretada de acordo com os fins que justificaram sua edição**. A competência se justifica sempre que indagados atos de cunho finalístico, concernentes aos objetivos precípuos de sua criação, a fim de que a posição e a proteção institucionais conferidas ao Conselho não sejam indevidamente desfiguradas.

A outorga da atribuição ao Supremo para processar e julgar ações contra os Conselhos é mecanismo constitucional delimitado pelo legislador com o objetivo de proteger e viabilizar a atuação desses órgãos de controle. A realização da missão constitucional ficaria impossibilitada ou seriamente comprometida se os atos por eles praticados estivessem sujeitos ao crivo de juízos de primeira instância.

Pet 4770 AgR/DF, rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 18.11.2020. (Pet-4770)

Rcl 33459 AgR/PE, rel. orig. Min. Rosa Weber, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 18.11.2020. (Rcl-33459)

ADI 4412/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 18.11.2020. (ADI-4412)

8.3.1.1.3. Quanto ao Resultado

8.3.1.1.3.1. Declaratória

O intérprete se limita a declarar sentido que preexiste à própria interpretação. Não amplia ou restringe o alcance do texto interpretado. Há correspondência entre os signos linguísticos e o significado atribuído ao texto. Ligado ao uso do método (meio) gramatical.

8.3.1.1.3.2. Restritiva

O intérprete restringe através da interpretação o alcance do texto interpretado. O texto diz mais do que deveria, possibilita mais do

que deveria, então, o intérprete restringe o alcance texto através de interpretação. Não há correspondência entre os signos linguísticos e o significado atribuído ao texto.

As normas que estabelecem hipóteses de foro por prerrogativa de função são excepcionais e, como tais, devem ser interpretadas restritivamente (ADI 2.553) (1). A regra geral é que todos devem ser processados pelos mesmos órgãos jurisdicionais, em atenção ao princípio republicano (CF, art. 1º), ao princípio do juiz natural (CF, art. 5º, LIII) e ao princípio da igualdade (CF, art. 5º, caput). Apenas excepcionalmente, e a fim de assegurar a independência e o livre exercício de alguns cargos, admite-se a fixação do foro privilegiado. O legislador constituinte não disciplinou a matéria apenas na esfera federal, mas determinou quais seriam as autoridades em âmbito estadual e municipal que seriam detentoras dessa prerrogativa. Fora dessas hipóteses, a Constituição estadual só pode conceder o foro privilegiado a autoridades do Poder Executivo estadual por simetria com o Poder Executivo federal.

Ademais, há o risco de que processos criminais contra procuradores de estado e defensores públicos tramitem perante tribunais de justiça, o que pode suscitar discussões a respeito de eventual nulidade processual por ofensa às normas de definição de competência.

Com base nesse entendimento, o Plenário referendou medidas cautelares deferidas em ações diretas de inconstitucionalidade, para confirmar a suspensão da eficácia das expressões: 1) “e da Defensoria Pública”, constante do art. 161, I, a, da Constituição do estado do Pará; 2) “Defensor Público-Geral e da Defensoria Pública”, constantes do art. 87, IV, a e b, da Constituição do Estado de Rondônia; 3) “da Procuradoria Geral do Estado e da Defensoria Pública”, constante do art. 72, I, a, da Constituição do estado do Amazonas; e 4) “bem como os Procuradores de Estado e os Defensores Públicos”, constante do art. 133, IX, a, da Constituição do estado de Alagoas.

ADI 2553/MA, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 17.8.2020.

ADI 6501 Ref-MC/PA, rel. Min. Roberto Barroso, julgamento virtual finalizado em 20.11.2020. (ADI-6501)

ADI 6508 Ref-MC/RO, rel. Min. Roberto Barroso, julgamento virtual finalizado em 20.11.2020. (ADI-6508)

ADI 6515 Ref-MC/AM, rel. Min. Roberto Barroso, julgamento virtual finalizado em 20.11.2020. (ADI-6515)

ADI 6516 Ref-MC/AL, rel. Min. Roberto Barroso, julgamento virtual finalizado em 20.11.2020. (ADI-6516)

8.3.1.1.3.3. Extensiva

O texto diz menos do que deveria, o texto possui alcance muito restrito, o intérprete amplia o sentido do texto através da interpretação. Por esse critério não há correspondência entre os signos linguísticos e o significado atribuído ao texto, amplia-se o seu alcance.

8.3.1.2. Método Jurídico-Científico (Kelsen)

Para o Positivismo Jurídico de Hans Kelsen a interpretação jurídico-científica trabalha nos limites da moldura estabelecida na norma jurídica positivada dentro do qual há várias possibilidades interpretativas (*de aplicação*) decorrente da *indeterminação*, intencional ou não, do texto legal: *O Direito a aplicar forma uma moldura dentro do qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo qual é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro desse quadro ou moldura, que preencha essa moldura em qualquer sentido possível. Se por interpretação se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro dessa moldura existem.*²⁷²

Cuida-se de *ato de conhecimento*, obtido através de uma operação de conhecimento, interpretação cognoscitiva do Direito a aplicar, não trata de interpretação autêntica.

Assim sendo, a interpretação jurídico-científica não conduziria necessariamente a um único resultado como se houvesse apenas uma leitura correta, e sim, àquela leitura que revelasse hipóteses possíveis dentro da moldura fornecida pelo texto interpretado.

Para Hans Kelsen a interpretação estritamente científica não poderia estabelecer uma única resposta correta senão definir as possíveis significações da norma jurídica interpretada, não caberia tomar qualquer decisão entre as possibilidades reveladas, devendo deixar aos órgãos que, com forme o respectivo sistema jurídico, são os responsáveis (competentes) para aplicar (interpretar) o Direito, assim sendo dizia Kelsen: *Um advogado que, no interesse dos seu constituinte, propõe ao tribunal apenas uma das várias interpretações possíveis da norma jurídica a aplicar ao caso, e um escritor que, num comentário, elege uma interpretação determinada, de entre as*

²⁷² KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 390/391.

várias interpretações possíveis, como a única 'acertada', não realizam uma função jurídico-científica mas uma função jurídico-política (de política judiciária).²⁷³

Por essa perspectiva eles atuariam para influenciar na criação do Direito, função de política-judiciária, não uma função jurídico-científica propriamente.

Uma interpretação estritamente **científica** que, baseada em uma análise crítica, revele todas as significações possíveis, mesmo aquelas que são politicamente indesejáveis e que, porventura, não foram de forma alguma pretendida pelo Legislador, mas que estão compreendidas na fórmula verbal por eles escolhida, pode ter um efeito prático que supere de longe a vantagem política da ficção de um sentido único: É que tal interpretação científica pode mostrar à autoridade legisladora quão longe esta sua obra de satisfazer à exigência técnico-jurídica de uma formulação de normas jurídicas o mais possível inequívocas, ou, pelo menos, de uma formulação feita de maneira tal que a inevitável pluralidade de significados seja reduzida a um mínimo e, assim, se obtenha o maior grau possível de segurança jurídica.²⁷⁴

Kelsen diz que a interpretação científica tem caráter cognoscitivo, de mera determinação dos sentidos possíveis do texto objeto de interpretação, já a interpretação (interpretação judicial-autêntica) promovida pelo Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, seria verdadeiro ato de criação jurídica diferente daquela, cuida-se de ato de vontade do órgão aplicador do Direito, criando norma, de caráter geral (como precedente vinculante, por exemplo) e individual (aplicável ao caso concreto) ou, até mesmo via produção de norma jurídica que se situe fora da moldura estabelecida a partir do texto, além das condições de possibilidade fornecidas via atividade de conhecimento; podemos, assim como no caso de normas de caráter interpretativo criadas pelo Legislador, falar em *interpretação autêntica*.

É sua característica ser *ato de vontade*, o que diferencia a interpretação feita pelos órgão de aplicação do Direito (Judiciário) de toda e qualquer outra interpretação, inclusive a levada a cabo pela ciência jurídica.

A interpretação jurídico-científica, feita pela ciência jurídica, não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento de seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesmo reveladas, mas tem de deixar tal

²⁷³ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 395/396.

²⁷⁴ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 396/397.

*decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito. Combinando-se com um ato de vontade (operação volitiva) em que o órgão aplicador do Direito, interpretação realizada pelo(s) órgão(s) jurídico(s), efetua uma escolha (discricionária) entre as possibilidades reveladas através da interpretação cognoscitiva.*²⁷⁵

8.3.2. Método Científico-Espiritual (Smend)

Segundo o método científico-espiritual, defendido por Rudolf Smend, a interpretação constitucional difere da interpretação legal, pois não se limita ao texto, mas abrange igualmente toda *ordem de valores* constitucionais, “alcança também os conteúdos axiológicos últimos da ordem constitucional”.

A interpretação visa não tanto dar resposta ao sentido dos conceitos do texto constitucional, mas fundamentalmente compreender o sentido e a realidade de uma lei constitucional, conduz à articulação desta lei com a integração espiritual real da comunidade (com os seus valores, com a realidade existencial do Estado).

Como dito, no método científico-espiritual, a interpretação constitucional difere da interpretação legal, pois não fica limitada pelo texto, vai além, alcançando toda ordem de valores constitucionais, leva em consideração também os conteúdos axiológicos, valorativos, da Constituição.

A Constituição é o elemento de integração do Estado, não só formal, do ordenamento jurídico, mas também, principalmente, da ordem político e social; nesse contexto, *a Constituição é instrumento de construção e preservação da integração da ordem: jurídica, política, social, econômica e etc.*

Além da carga jurídica, a Constituição tem também carga valorativa, que deve ser observada no momento da interpretação.

Vejamos decisão do Supremo Tribunal Federal nesse sentido (informativos 505 e 551 do STF):

ADI e Passe Livre a Portadores de Deficiência Carentes

O Tribunal, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta ajuizada pela Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros – ABRATI contra a Lei nacional 8.899/94, que concede passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual

²⁷⁵ Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 394/396.

às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes. Mencionando o contexto social e constitucional vigentes, destacou-se, inicialmente, a existência da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinado pelo Brasil, na sede da ONU, em 30.3.2007, e em tramitação no Congresso Nacional, e **os valores que norteiam a Constituição, contidos no seu preâmbulo**. Asseverou-se que, na esteira desses valores, é que se afirmaria, nas normas constitucionais, o princípio da solidariedade, projetado no art. 3º. Ressaltou-se que, na linha dos princípios fundamentais da República, a Constituição teria acolhido como verdadeira situação, a ser alterada pela implementação de uma ordem jurídica que recriasse a organização social, a discriminação contra os deficientes, tendo em conta sua inegável dificuldade para superar, na vida em sociedade, os seus limites. ADI 2649/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 8.5.2008. (ADI-2649)

8.3.3. Método Tópico-Problemático (T. Viehweg)²⁷⁶

O foco da interpretação não é a norma, mas o problema a ser resolvido; parte, portanto, de uma inversão no processo de interpretação, dando *primazia ao problema* e não à norma geral.

Evita interpretações generalizantes, busca a interpretação casual, caso a caso, prática.

Em outros termos, a interpretação é *tópica*, o intérprete se vale de vários *topoi* (pontos de vista, esquemas de pensamento, lugares comuns), no processo de interpretação, visando atingir o melhor resultado interpretativo e prático para o problema.

Seu objeto de preocupação não é o sistema jurídico em si, mas a solução do caso concreto.

A interpretação da Constituição é um procedimento, argumentativamente, aberto e constante entre os vários participantes (pluralismo dos intérpretes) pelo qual se busca adaptar ou adequar a norma constitucional ao problema sob análise.

Pensar topicamente é assumir que toda questão implica mais de uma resposta.

Exemplo de decisão *tópica*:

²⁷⁶ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

Art. 129, § 3º, da CF: Requisito Temporal Afastado e Excepcionalidade

Ante a excepcionalidade do caso concreto, o Tribunal, por maioria, concedeu mandado de segurança impetrado por Promotora de Justiça do Estado do Paraná contra ato do Procurador-Geral da República, na qualidade da Comissão Examinadora do 23º Concurso Público para provimento de cargos de Procurador da República, **para que a exigência de 3 anos de atividade jurídica não consubstancie óbice à habilitação da impetrante ao exercício do cargo de Procurador da República, operando-se de imediato a sua posse nesse cargo.** Na espécie, o pedido de inscrição definitiva da impetrante fora indeferido por não ter sido comprovado o período de atividade jurídica exigido pelo art. 129, § 3º, da CF, na redação que lhe foi dada pela EC 45/2004. Não obstante, a impetrante conseguira, mediante concessão da liminar, prosseguir com as provas no referido concurso. **Considerou-se estar-se diante de uma situação especial**, típica de transição de um regime a outro, em razão da alteração do texto da Constituição, no caso a EC 45/2004, que modificou as regras atinentes ao ingresso nas carreiras da Magistratura e do Ministério Público, e exigiu dos candidatos 3 anos de atividade jurídica. Ao asseverar o fato de a impetrante ser Promotora de Justiça do Estado do Paraná, empossada em abril de 2005, exercendo atribuições inerentes a esse cargo, inclusive algumas do Ministério Público Federal (LC 75/93, artigos 78 e 79), **concluiu-se caracterizar-se uma contradição injustificável a circunstância de a impetrante exercer funções delegadas do Ministério Público Federal e, concomitantemente, ser julgada inapta para habilitar-se em concurso público para o provimento de cargos de Procurador da República.** Vencidos os Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie que indeferiam a ordem, ao fundamento de que a impetrante não preenchia, à data da inscrição, a exigência temporal prevista no referido dispositivo constitucional. MS 26690/DF, rel. Min. Eros Grau, 3.9.2008. (MS-26690)

8.3.4. Método Hermenêutico-Concretizador (K. Hesse)

Conforme o método hermenêutico-concretizador, a interpretação se inicia com a pré-compreensão do sentido do texto a ser interpretado pelo seu intérprete, em outros termos, o *agente da interpretação* carrega uma compreensão prévia do texto a ser interpretado, ou seja, sua interpretação também é **construtiva**, depende do intérprete (**aspecto subjetivo**).

A percepção de fenômenos sociais, políticos, jurídicos, históricos e etc., constituem essa pré-compreensão, que visa, em última instância, não só refletir a realidade (**aspecto objetivo**), mas também influenciar a realidade (**aspecto construtivo/concretizador**). Tem forte base heideggeriana.

A interpretação faz um movimento de vai e vem, de ir e vir, do texto para o problema e do problema para o texto (círculo hermenêutico).

Podemos apontar as seguintes características do referido método:

- 1.^a) aspecto subjetivo (intérprete);
- 2.^a) aspecto objetivo (contexto fático);
- 3.^a) mediação entre *texto* e *contexto* (**círculo hermenêutico**)

Canotilho diz que, “o método hermenêutico-concretizador é uma via hermenêutico-concretizante, que se orienta não para um pensamento axiomático, mas para um pensamento problematicamente orientado. Todavia, este método concretizador afasta-se do método tópico-problemático, porque, enquanto o último pressupõe ou admite o primado do problema perante a norma, o primeiro assenta no pressuposto do primado do texto constitucional em face do problema”.²⁷⁷

Segue decisão do Supremo Tribunal Federal nesse sentido:

ADC e Vedação ao Nepotismo

O Tribunal julgou procedente pedido formulado em ação declaratória de constitucionalidade proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil – AMB para declarar a constitucionalidade da Resolução 7/2005, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ – que veda o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito do Poder Judiciário –, e emprestar interpretação conforme a Constituição a fim de deduzir a função de chefia do substantivo “direção”, constante dos incisos II, III, IV e V do art. 2º da aludida norma – v. Informativo 416. Inicialmente, o Tribunal acolheu questão de ordem suscitada pelo Min. Marco Aurélio no sentido de fazer constar a rejeição da preliminar de inadequação da ação declaratória, por ele sustentada, no julgamento da cautelar – ao fundamento de que não se trataria de questionamento

²⁷⁷ Canotilho. p.1212.

de um ato normativo abstrato do CNJ – e em relação à qual restara vencido. No mérito, entendeu-se que a Resolução 7/2005 está em sintonia com **os princípios constantes do art. 37, em especial os da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade, que são dotados de eficácia imediata**, não havendo que se falar em ofensa à liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança, visto que as restrições por ela impostas são as mesmas previstas na CF, as quais, **extraídas dos citados princípios, vedam a prática do nepotismo**. Afirmou-se, também, não estar a resolução examinada a violar nem o princípio da separação dos Poderes, nem o princípio federativo, porquanto o CNJ não usurpou o campo de atuação do Poder Legislativo, limitando-se a exercer as competências que lhe foram constitucionalmente reservadas. Vencidos, no ponto relativo à interpretação conforme, os Ministros Menezes Direito e Marco Aurélio, reputá-la desnecessária. ADC 12/DF, rel. Min. Carlos Britto, 20.8.2008. (ADC-12)

8.3.5. Método Normativo-Estruturante (F. Müller)

Pelo o método preconizado por Friedrich Müller, é necessário recorrermos à distinção entre **texto** e **norma**, para compreendermos o processo de interpretação.

Texto (enunciado linguístico) pode ser explicado, de maneira simplificada, como um conjunto de símbolos linguísticos ou, no caso, um *texto jurídico* seria um conjunto de enunciados linguísticos positivados em um sistema jurídico, *o texto seria apenas a ponta do iceberg normativo* (F.Müller), é o ponto de partida da interpretação.

Já a **norma** pode ser definida, inicialmente, como resultado da interpretação do texto, é o sentido ou significado do texto interpretado, Canotilho diz que, *norma é o texto interpretado*.²⁷⁸

O *processo de interpretação/aplicação (concretização)* teria as seguintes etapas:

1ª etapa: O **texto** como ponto de partida;

2ª etapa: O **programa normativo** seria formado pelo conjunto dos domínios linguísticos, já resultante do processo de concretização, proporcionado pela abertura semântica do texto, o texto aqui funciona não apenas como ponto de partida, mas também como limite ou **espaço de interpretação**, em outros termos *o âmbito de liberdade do aplica-*

²⁷⁸ Op. cit. p.1202.

*dor-concretizador das normas constitucionais, tem também o texto como limite. Apenas os programas normativos que sejam compatíveis com o texto são legítimos, aceitáveis como resultado constitucionalmente adequado ao texto constitucional positivado*²⁷⁹

O **programa normativo** não se limita ao conjunto dos **(a) domínios linguísticos do texto**, abrange também a **(b) sistemática do texto**, **(c) genética do texto**, a **(d) história do texto** e a **(e) finalidade do texto**.

Programa Normativo
(A) Domínio linguístico
(B) Sistemática do texto
(C) Genética do texto
(D) História do texto
(E) Finalidade do Texto

3ª) etapa: O **âmbito (setor ou campo) normativo** seria o espaço real, o conjunto de dados fáticos, de elementos empíricos alcançados pelo programa normativo. O programa normativo funciona como um seletor do âmbito normativo, pois é o programa normativo do texto que delimita os fatos alcançados pelo programa normativo dos fatos não abrangidos, voltando à ideia de limites proporcionados pelo texto. Essa determinação operada pelo programa normativo pode ser uma *determinação forte*, quando se tratar de texto com baixo grau de abstração (regras), ou ainda, uma *determinação fraca*, quando o objeto de análise for texto com alto grau de abstração (princípios).²⁸⁰

Relevante as palavras de Canotilho:²⁸¹

Só os programas normativos que se considerem compatíveis com o texto da norma constitucional podem ser admitidos como resultados constitucionalmente aceitáveis derivados de interpretação do texto da norma. O programa normativo é também o elemento fundamental do chamado espaço de seleção de fatos constitutivos do domínio normati-

²⁷⁹ Canotilho. Op.cit. p.1220.

²⁸⁰ Canotilho fala em *determinação máxima* e *determinação mínima*. Alguns falam em regras, enunciados com baixo grau de abstração e alta determinação, e princípios, com alto grau de abstração e indeterminado, respectivamente.

²⁸¹ Op. cit. p. 1220.

vo: só podem incluir-se no âmbito possível do domínio normativo as quantidades de dados reais compatíveis com o programa normativo.

4ª) etapa: A **norma jurídica** é a regra geral e abstrata resultado intermédio do processo de concretização, possui *normatividade mediata*, uma vez que não encerrado o processo de interpretação/concretização, ainda não é imediatamente normativa, normatividade plena que ocorre com a *norma de decisão*.

5ª) etapa: A **norma de decisão** é a norma jurídica concretizada, e o resultado final do processo de concretização, é o momento em que o processo de interpretação se completa com a **aplicação** ao caso jurídico a decidir.²⁸²

Chega-se à **norma**, portanto, pela correspondência do **programa normativo** (possibilidades de sentido do texto) e do **âmbito normativo** (dados extrajurídicos, fáticos, axiológicos, políticos), partindo-se do texto e tendo como resultado do processo de concretização o estabelecimento de uma **norma jurídica** e uma **norma de decisão**.

O método normativo-estruturante não dá *primazia ao problema* como o método tópico problemático, mas conjuga o abstrato (texto do ordenamento jurídico-constitucional) ao concreto (norma resultado do processo de interpretação). Busca o equilíbrio entre *primado da norma* e *primado do problema*. Tem, assim como o método hermenêutico-concretizador, base hedeggariana.

TEXTO	
PROGRAMA NORMATIVO	ÂMBITO NORMATIVO
NORMA JURÍDICA	
NORMA DE DECISÃO	

8.3.6. Método Comparativo (P. Häberle)²⁸³

O referido método recorre à interpretação que leve em consideração aspectos – jurídicos e valorativos – de outros ordenamentos constitucionais (ou mesmo de outras constituições anteriores do próprio Estado).

²⁸² PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. São Paulo: Método, 2010.

²⁸³ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da constituição. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

Por meio desse método, se estabelece uma *comunicação entre constituições* (Häberle). Um **diálogo entre jurisdições constitucionais**, e, através dessa comunicação, comparação, se minimiza eventuais consequências negativas, pela análise de experiências alheias, em nome de um melhor resultado para determinados problemas.

Como se pode inferir, pelo método comparativo se busca otimizar a interpretação, minimizando erros e potencializando acertos, tomando como parâmetro experiências de outros Estados, outras cortes constitucionais, através do exame por comparação.

O método comparativo pressupõe um *humus cultural*: o **direito constitucional comparado** se torna uma *cultura comparada* (Häberle).

Vejamos decisão do Supremo Tribunal Federal (*Informativo 505 do STF*):

Defesa Técnica em Processo Administrativo Disciplinar e Ampla Defesa

O Tribunal aprovou o Enunciado da Súmula Vinculante 5 nestes termos: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. Essa orientação foi firmada pelo Tribunal ao dar provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que concedera mandado de segurança para anular a aplicação de penalidade expulsiva, ao fundamento de ausência de defesa técnica no curso do processo administrativo disciplinar instaurado contra o impetrante, servidor público. Salientou-se, inicialmente, que a doutrina constitucional vem enfatizando que o direito de defesa não se resume a simples direito de manifestação no processo, e que o constituinte pretende garantir uma pretensão à tutela jurídica. Tendo em conta a avaliação do tema no **direito constitucional comparado**, sobretudo no que diz respeito ao **direito alemão**, afirmou-se que a pretensão à tutela jurídica, que corresponderia exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da CF, abrangeria o direito de manifestação (que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes); o direito de informação sobre o objeto do processo (que assegura ao defendente a possibilidade de se manifestar oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos contidos no processo); e o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas). Asseverou-se, ademais, que o direito à defesa e ao contraditório tem aplicação plena em relação a processos judiciais e procedimentos administrativos,

e reportou-se, no ponto, ao que disposto no art. 2º, e parágrafo único, da Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, enfatizando que o Supremo, nos casos de restrições de direitos em geral e, especificamente, nos de punições disciplinares, tem exigido a observância de tais garantias. Considerou-se, entretanto, que, na espécie, os direitos à informação, à manifestação e à consideração dos argumentos manifestados teriam sido devidamente assegurados, havendo, portanto, o exercício da ampla defesa em sua plenitude. Reportando-se, ainda, a precedentes da Corte no sentido de que a ausência de advogado constituído ou de defensor dativo não importa nulidade de processo administrativo disciplinar, concluiu-se que, o STJ, ao divergir desse entendimento, teria violado os artigos 5º, LV e 133, da CF. Alguns precedentes citados: RE 244027 AgR/SP (DJU de 28.6.2002); AI 207197/PR (DJU de 5.6.98); MS 24961/DF (DJU de 4.3.2005). RE 434059/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 7.5.2008. (RE-434059)

8.3.7. Método Culturalista (Häberle)

Häberle defende uma interpretação contextualizada culturalmente. O intérprete deve levar em consideração a cultura, a respectiva tradição, na qual está inserida a constituição.

Aproximando a constituição do seu ambiente cultural, evitando dissonância entre a *Lex Mater* e o contexto cultural que a mesma se encontra imbricada.

A interpretação das imunidades tributárias deve se projetar no futuro e levar em conta os novos fenômenos sociais, culturais e tecnológicos. Com isso, evita-se o esvaziamento das normas imunizantes por mero lapso temporal, além de se propiciar a constante atualização do alcance de seus preceitos.

RE 330817

8.3.8. Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição (Häberle)²⁸⁴

Na teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, Häberle defende a necessidade de ampliação do círculo de intérpretes

²⁸⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta de intérpretes da constituição: uma contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

da Constituição, que não ficaria fechado à ideia de exclusividade do Poder Judiciário como único intérprete da Constituição, busca-se romper com a visão *juriscêntrica* da interpretação constitucional.

Logo, não apenas os órgãos estatais possuiriam tal mister, mas também diversas outras entidades que participam ativamente do debate público (como igrejas, organizações de classes, sindicatos, associações, mídia, *think tanks* e outros).

“Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma é, indireta ou até mesmo diretamente, um intérprete da norma. O destinatário da norma participa do processo hermenêutico de forma muito mais intensa do que geralmente se supõe”.²⁸⁵

Significa que cabe ao intérprete, e aqui mais especificamente aos tribunais constitucionais, às Cortes Constitucionais, garantir quando do processo de interpretação da Constituição a maior abertura possível em relação à interpretação das normas constitucionais, ou acesso mais amplo possível à interpretação da Constituição, à *jurisdição constitucional*.

A interpretação constitucional vai se legitimar pelo debate, é a legitimação da interpretação constitucional pela argumentação e pela abertura do acesso.

A ampliação quantitativa e qualitativa da jurisdição constitucional qualifica o debate, e dele se extrai decisões mais robustas argumentativamente. Quanto mais argumentos forem trazidos à discussão ou, quanto mais ampla e profunda for a discussão (quantitativamente e qualitativamente), e, portanto, maior for o número de intérpretes que participam do debate, mais legítimo será o resultado, porque a interpretação vai levar em consideração os diversos aspectos de uma sociedade pluralista, complexa, conferindo à decisão fundamentos mais sólidos e, consequentemente, produzindo decisões mais democráticas.

O diploma constitucional hoje vigente é dotado de um amplo catálogo de expressões de compreensão equívoca, identificados pela doutrina como cláusulas abertas ou conceitos jurídicos indeterminados, que adquirem densidade normativa a partir da atividade do intérprete, o qual, inevitavelmente, se vale de suas convicções políticas e sociais para delinear a configuração dos princípios jurídicos. Segundo Robert Alexy, o sistema jurídico é um sistema aberto em face da moral (...), precisamente pela necessidade de conferir significação a princípios abstratos como dignidade, liberdade e igualdade. Sendo assim, seria

²⁸⁵ HÄBERLE. Op.cit.p.15

iniquamente antidemocrático afastar a participação popular desse processo de transformação do axiológico em deontológico. Nesse contexto, a manifestação da sociedade civil organizada ganha papel de destaque na jurisdição constitucional brasileira. Como o Judiciário não é composto de membros eleitos pelo sufrágio popular, sua legitimidade tem supedâneo na possibilidade de influência de que são dotados todos aqueles diretamente interessados nas suas decisões. Essa a faceta da nova democracia no Estado brasileiro, a democracia participativa, que se baseia na generalização e profusão das vias de participação dos cidadãos nos provimentos estatais. Sobre o tema, Häberle preleciona: “(...) (em tradução livre: O domínio do povo deve se apoiar na participação e determinação da sociedade nos direitos fundamentais, não somente mediante eleições públicas cada vez mais transparentes e abertas, senão também através de competências baseadas em processos também cada vez mais progressistas”. (...). A interferência do povo na interpretação constitucional, traduzindo os anseios de suas camadas sociais, prolonga no tempo a vigência da Carta Magna, evitando que a insatisfação da sociedade desperte o poder constituinte de seu estado de latência e promova o rompimento da ordem estabelecida. (...) Não se deve olvidar que os direitos fundamentais, entre eles o da participação democrática, merecem sempre a interpretação que lhes dê o maior alcance e efetividade. (ADI 4.029, voto do rel. min. Luiz Fux, j. 8-3-2012, P, DJE de 27-6-2012.)

Princípios de Interpretação Constitucional

9.1. Princípio da Supremacia da Constituição

O princípio em exame é uma decorrência da própria estrutura hierarquizada do ordenamento jurídico, da conhecida metáfora da pirâmide normativa de Hans Kelsen.

A partir da ideia de estrutura hierarquizada a Constituição ocupa o ápice da pirâmide, é, em outros termos, a norma fundamental do Estado, servindo como fundamento de validade para todo ordenamento infraconstitucional, impondo uma verticalização hierárquica descendente, de cima para baixo, da própria interpretação constitucional.

A Constituição é, portanto, produto do Poder Constituinte Originário, já as demais normas do ordenamento jurídico são editadas pelos poderes constituídos, sendo o primeiro, (PCO), anterior e hierarquicamente superior aos poderes constituídos.

Vejamos decisão do STF:

É possível o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas, sem a necessidade de se perquirir a habitualidade, reiteração do uso do bem para tal finalidade, a sua modificação para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga ou qualquer outro requisito além daqueles previstos expressamente no art. 243, parágrafo único (1), da Constituição Federal (CF). O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Tema 647 da repercussão geral, por maioria, deu provimento ao recurso extraordinário interposto contra acórdão que determinou a devolução de veículo de propriedade de acusado pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, sob o fundamento de que a perda do bem pelo confisco deve ser reservada aos casos de utilização do objeto de forma efetiva,

e não eventual, para a prática do citado delito. Prevaleceu o voto do ministro Luiz Fux (relator). Para ele, o confisco de bens pelo Estado encerra uma restrição ao direito fundamental de propriedade, garantido pelo art. 5º, "caput" e XXII, da CF (2). Asseverou que o confisco de bens utilizados para fins de tráfico de drogas, da mesma forma como as demais restrições aos direitos fundamentais expressamente previstas na Constituição Federal, deve conformar-se com a literalidade do texto constitucional, vedada a adstrição de seu alcance por outros requisitos que não os estabelecidos pelo art. 243, parágrafo único, da CF. Consignou que o confisco, no direito comparado, é instituto de grande aplicabilidade aos delitos de repercussão econômica, sob o viés de que "o crime não deve compensar". Tal perspectiva foi adotada pelo constituinte brasileiro e pela República Federativa do Brasil, que internalizou diversos diplomas internacionais que visam reprimir severamente o tráfico de drogas. Observou que o tráfico de drogas é reprimido pelo Estado brasileiro, por meio de modelo jurídico-político, em consonância com os diplomas internacionais firmados. Os preceitos constitucionais sobre o tráfico de drogas e o respectivo confisco de bens constituem parte dos mandados de criminalização previstos pelo poder constituinte originário a exigir uma atuação enérgica do Estado sobre o tema, sob pena de o ordenamento jurídico brasileiro incorrer em proteção deficiente dos direitos fundamentais. Segundo o relator, o confisco previsto no art. 243, parágrafo único, da CF deve ser interpretado à luz dos **princípios da unidade e da supremacia da Constituição**, ou seja, não se pode ler o direito de propriedade em separado, sem considerar a restrição feita a esse direito. Concluiu que a habitualidade do uso do bem na prática criminosa ou sua adulteração para dificultar a descoberta do local de acondicionamento, "in casu", da droga, não é pressuposto para o confisco de bens nos termos do citado dispositivo constitucional. Vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que negaram provimento ao recurso. Para o ministro Ricardo Lewandowski, deve prevalecer a regra constitucional da proibição do confisco, observados, ainda, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. No caso, para ser confiscado, seria necessário provar que o veículo teria sido destinado integralmente para a prática do delito. Além disso, considerou que o parágrafo único do art. 243 não é um dispositivo independente, mas deve ser lido em harmonia com o seu "caput", o qual diz respeito apenas a propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei. O ministro Marco Aurélio, de igual modo, emprestou ao parágrafo único do citado artigo

a disciplina de simples acessório, a remeter, necessariamente, a bens encontrados na propriedade objeto de expropriação. (1) Constituição Federal/1988: “Art. 243. As propriedades rurais e urbanas serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei”. (2) Constituição Federal/1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXII – é garantido o direito de propriedade”. RE 638491/PR, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 17.5.2017. (RE-638491)

Podemos ainda, estabelecer diferença entre **supremacia formal** (indicada acima) e **supremacia material**, esta indica que as normas constitucionais seriam mais importantes, relevantes, do que as normas infraconstitucionais, visto que é na Constituição que se define a própria estrutura fundamental do Estado.²⁸⁶

²⁸⁶ Em constituições flexíveis seria possível falarmos em supremacia material, embora não exista supremacia formal: É sabido que a experiência inglesa é de todo diferenciada do que ocorreu tanto nos Estados Unidos como em terras francesas. Isto porque a Inglaterra não possui – até os nossos dias – uma constituição formal, escrita, rígida – mas sim, histórica, costumeira, não escrita e flexível –, e tampouco, possui previsão de hierarquia das leis ou de controle de constitucionalidade. Contudo, a idéia de superioridade normativa não é de todo desconhecida na tradição inglesa, que teve em Sir Edward Coke (1552-1634) ferrenho combatente ao poder ilimitado do parlamento, um defensor da superioridade da *common law*. Lord Coke defendia que os juízes “eram leões que deveriam custodiar, frente ao rei, os direitos dos cidadãos”, com prevalência da *common law* sobre o parlamento e até mesmo frente ao Rei.

Logo, é possível se vislumbrar, nessa leitura, na Constituição inglesa uma certa supremacia – de caráter material e não formal – sobre determinadas normas. Podemos dizer que tal doutrina reverberou inclusive nas posições de John Locke (teórico do sistema constitucional da gloriosa revolução de 1688), que defendia um hipotético direito de resistência, “contra o poder despótico que se manifestasse contrariamente aos direitos naturais do indivíduo”. “A doutrina de Coke predominou até a Revolução Gloriosa de 1688, tendo grande influência nos Estados Unidos, através do **judicial review** e a supremacia do Poder Judiciário”.

9.2. Princípio da Unidade da Constituição

Por esse princípio a Constituição deve ser entendida como um documento *único*, ou como um único sistema de normas, a Constituição seria um todo sistemático, suas normas estão interligadas devendo ser compreendidas de maneira harmoniosa.

Evita-se com isso leituras de dispositivos isolados que pudessem levar a contradições sistêmicas, buscando uma interpretação mais coerente e integral da Constituição, uma interpretação que vise evitar antinomias entre as normas da constituição; deve o intérprete considerar a constituição como um todo, em sua *globalidade*, analisando os dispositivos constitucionais de forma integrada, como parte de um sistema unitário.

Impõe ao intérprete que faça uma interpretação sistemática da constituição, dessa forma, evitará possíveis contradições entre preceitos constitucionais.

*O princípio da unidade da Constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a Constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como “ponto de orientação”, “guia de discussão” e “factor hermenêutico de decisão”, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e a harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar.*²⁸⁷

Aplicação pelo STF:

Inicialmente, salientou-se que, se, de um lado, a Constituição da República reconhece a instituição do júri e a soberania de seus veredictos (art. 5º, XXXVIII, c), de outro, assegura aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes

Em síntese cabia aos juízes controlar atos dos demais poderes, declarando sua invalidade, nulidade (*void*), quando contrários aos costumes do povo inglês e ao direito natural.

Atualmente, no sistema inglês, prevalece a ideia de superioridade do parlamento. Mauro Cappelletti sintetiza o sistema inglês nos seguintes termos: “O Parlamento pode fazer tudo, exceto transformar o homem em mulher ou vice-versa”. Cfr. Pinheiro. Bruno. Op. cit.p.42/43.

²⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1223.

(art. 5º, LV). Observou-se que ambas as garantias, as quais constituem cláusulas elementares do princípio constitucional do devido processo, devem ser interpretadas sob a luz do critério da chamada concordância prática, que consiste numa recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas, ao mesmo tempo, não acarrete a negação de nenhum. Ressaltou-se que tal situação seria decorrência lógico-jurídica do **princípio da unidade da Constituição**, e cuja *ratio juris* estaria em garantir a coexistência harmônica dos bens nela tutelados, sem predomínio teórico de uns sobre outros, cuja igualdade de valores fundamenta o critério ou princípio da concordância. Considerou-se, ademais, que, como corolário do contraditório e da ampla defesa, o CPP contempla, dentre outros, o princípio da personalidade dos recursos (art. 617, parte final), que obsta a *reformatio in pejus*, tratando-se, aí, de proibição taxativa, segundo a qual o recorrente não pode ver agravada sua situação jurídica, material ou processual, quando não haja recurso da parte contrária. Acrescentou-se, nesse sentido, ser consolidada a jurisprudência da Corte, ao estabelecer que o juiz o qual venha a proferir nova decisão, em substituição à cassada no âmbito de recurso exclusivo da defesa, está limitado e adstrito ao máximo da pena imposta na sentença anterior, não podendo de modo algum piorar a situação jurídico-material do réu, sob pena de incorrer em *reformatio in pejus* indireta. HC 89544/RN, rel. Min. Cezar Peluso, 14.4.2009. (HC-89544)

9.3. Princípio do Efeito Integrador

O princípio do efeito integrador busca valorizar pontos de vista que possibilitem a integração política, social, cultural etc., de modo a alcançar soluções pluralisticamente integradoras.

Busca-se dar primazia aos critérios que favoreçam a integração política e social e cultural, evitando contradições de ordem política, filosófica, ou dogmática que existam, aparentemente, na Constituição. Tem alta relevância quando do exame de constituições heterodoxas, plurais.

Significa, por outras palavras, dar primazia, na solução de problemas jurídicos-constitucionais aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política.²⁸⁸

²⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1224.

*Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário (art. 102, III, a e c, da Constituição) interposto de acórdão que versa sobre a base de cálculo do adicional de insalubridade previsto na Lei Complementar 412/1995, do Município de Angra dos Reis. Eis o teor do acórdão recorrido (fls. 10): “SERVIDOR PÚBLICO. INSALUBRIDADE. MUNICÍPIO. REGULAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO NOS MOLDES PLEITEADOS. 1 – INTERPRETA-SE A CONSTITUIÇÃO CONSOANTE OS **PRINCÍPIOS** DA UNIDADE E DO **EFEITO INTEGRADOR**, DE FORMA A AFASTAR AS CONTRADIÇÕES E PROPICIAR HARMONIA ENTRE AS SUAS NORMAS. 2 – O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL, PERMITE O PAGAMENTO DA GRATIFICAÇÃO DE INSALUBRIDADE. DIANTE DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO FEDERALISMO E NA MEDIDA EM QUE CONFERE AOS MUNICÍPIOS O PODER AUTÔNOMO DE AUTO-ORGANIZAÇÃO E LEGISLAÇÃO, COM O DEVER DE DISPOR SOBRE A POLÍTICA DE REMUNERAÇÃO DOS SEUS SERVIDORES PÚBLICOS, DESDE QUE NÃO ULTRAPASSE O LIMITE MÁXIMO DE VENCIMENTOS. 3 – NESTE ASPECTO, SE O ORDENAMENTO POSITIVO MUNICIPAL SUJEITA O PAGAMENTO DA GRATIFICAÇÃO DE INSALUBRIDADE A EDIÇÃO DE REGULAMENTO ESPECÍFICO, SUA AUSÊNCIA AFASTA O DIREITO DOS SERVIDORES MUNICIPAIS. (AI 667.499)*

9.4. Princípio da Força Normativa da Constituição

O referido princípio indica que as Constituições não são documentos meramente políticos e abstratos desvinculados da realidade, as Constituições são documentos jurídicos dotados de normatividade.

A Constituição jurídica não está desvinculada da realidade histórica e concreta de seu tempo, ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo, contudo, ela não está simplesmente condicionada por essa realidade.

A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade, porém, a Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade.²⁸⁹

²⁸⁹ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1991.p.24.

A Constituição jurídica, dotada de normatividade, converte-se em uma força ativa, **influindo, conformando e determinando a própria realidade política e social**, é voltada à concretização de seus preceitos.

*A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (Gebot optimaler Verwirklichung der Norm), a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.*²⁹⁰

Segundo o princípio da força normativa, na solução dos problemas jurídicos-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da Constituição Normativa, contribuam para garantir a normatividade da Constituição, para eficácia ótima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a “atualização” normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência.²⁹¹

Decisão do Supremo:

É cabível habeas corpus para apreciar toda e qualquer medida que possa, em tese, acarretar constrangimento à liberdade de locomoção ou, ainda, agravar as restrições a esse direito. Esse o entendimento da 2ª Turma ao deferir habeas corpus para assegurar a detento em estabelecimento prisional o direito de receber visitas de seus filhos e enteados. Na espécie, o juízo das execuções criminais decidira que o condenado não teria jus à visitação, visto que a prisão seria local impróprio aos infantes, o que poderia trazer-lhes prejuízos na formação psíquica. A defesa, então, impetrara habeas corpus no STJ, que o indeferira liminarmente, ao fundamento de que a pretensão não se compatibilizava com a modalidade eleita, uma vez que não ofendido o direito de locomoção do ora paciente. De início, rememorou-se que a jurisprudência hodierna da Corte estabelece sérias ressalvas ao cabimento do writ, no sentido de que supõe violação, de forma mais direta, ao menos em exame superficial, à liberdade de ir

_____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland)*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

²⁹⁰ Hesse. Op. cit. p. 22.

²⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1226.

e vir dos cidadãos. Afirmou-se que essa orientação, entretanto, não inviabilizaria, por completo, o processo de ampliação progressiva que essa garantia pudesse vir a desempenhar no sistema jurídico brasileiro, sobretudo para conferir força normativa mais robusta à Constituição. A respeito, ponderou-se que o Supremo tem alargado o campo de abrangência dessa ação constitucional, como no caso de impetrações contra instauração de inquérito criminal para tomada de depoimento, indiciamento de determinada pessoa, recebimento de denúncia, sentença de pronúncia no âmbito do processo do Júri e decisão condenatória, dentre outras. Enfatizou-se que a Constituição teria o princípio da humanidade como norte e asseguraria aos presidiários o respeito à integridade física e moral (CF, art. 5º: “XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” e Pacto de São José da Costa Rica: “Art. 5º Direito à Integridade Social 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”). Preconizou-se, por conseguinte, que não se poderia tratar a pena com objetivo de retaliação, mas de ressocialização. HC 107701/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 13.9.2011. (HC-107701)

9.5. Princípio da Máxima Efetividade ou Eficiência²⁹²

Cabe ao intérprete dar à norma constitucional o sentido que lhe garanta a maior efetividade possível, conferindo, portanto, à norma constitucional aplicabilidade concreta, evitando (ou impedindo) inter-

²⁹² Afastou-se, inicialmente, o argumento da agravante de que a decisão proferida na ADI não poderia retrotrair para alcançar decisão coberta pelo manto da coisa julgada, tendo em conta a jurisprudência da Corte quanto à eficácia ex tunc, como regra, da decisão proferida em controle concentrado, a legitimar a ação rescisória de sentença que, mesmo anterior, lhe seja contrária. Ressaltou-se, no ponto, decorrer a rescindibilidade do acórdão conflitante do **princípio da máxima efetividade** das normas constitucionais e da conseqüente prevalência da orientação fixada pelo STF. Pelos mesmos fundamentos, rejeitou-se a alegação de que não se poderia aplicar o entendimento firmado na mencionada ADI porque, no momento em que prolatada a decisão favorável à contribuinte, tal entendimento ainda não possuía força cogente e normativa. Da mesma forma, não se acolheu a assertiva de que o acórdão da ação rescisória estaria a tratar da aplicação do direito constitucional no tempo e não da substituição tributária para frente, por se entender que o critério de aplicação da interpretação constitucional no tempo seria irrelevante para os efeitos da reclamação. Rcl 2600 AgR/SE, rel. Min. Cezar Peluso, 14.9.2006. (Rcl-2600)

pretações que eliminem, restrinjam, ou suprimam sua eficácia jurídica e sua efetividade (ou eficácia social).

É um princípio operativo para todas as normas da constituição, embora ganhe maior relevo quando aplicado aos direitos fundamentais, por exemplo.

Canotilho, discorrendo sobre esse princípio, diz que, conforme a *máxima efetividade*, eficiência ou princípio da interpretação mais efetiva, a norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. O *princípio da interpretação mais efetiva* é um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese das normas programáticas, é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais, em caso de dúvidas deve ser adotada a interpretação que reconheça a maior eficácia aos direitos fundamentais.²⁹³

Podemos afirmar que o referido critério seria um desdobramento do princípio anterior, uma decorrência do própria ideia de *força normativa das constituições, atendendo ao melhor custo benefício*.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 5º, INC. II, DA LEI N. 7.347/1985, ALTERADO PELO ART. 2º DA LEI N. 11.448/2007). TUTELA DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS (COLETIVOS STRITO SENSU E DIFUSOS) E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFENSORIA PÚBLICA: INSTITUIÇÃO ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. NECESSITADO: DEFINIÇÃO SEGUNDO PRINCÍPIOS HERMENÊUTICOS GARANTIDORES DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: ART. 5º, INCS. XXXV, LXXIV, LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE NORMA DE EXCLUSIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO RECONHECIMENTO DA

²⁹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1224.

9.6. Princípio da Justeza ou Conformidade Funcional (ou Exatidão)²⁹⁴

O princípio da justeza ou conformidade funcional tem por finalidade impedir que o intérprete-concretizador da Constituição modifique aquele sistema de repartição e divisão das funções constitucionais, visa evitar que a interpretação constitucional chegue a resultados que perturbem o esquema organizatório-funcional nela estabelecido, como é o caso da separação dos poderes, por exemplo.

Esse princípio tem por objetivo excluir interpretações que subvertam o sistema constitucional de repartição de funções e competências, constitucionalmente fixadas.

Preza, portanto, pela garantia de manutenção do esquema organizatório-funcional estabelecido pela Constituição.

O princípio da conformidade funcional a que se refere Canotilho, também, reforça a conclusão de que os órgãos criados pela Constituição da República, tal como o TCU, devem se manter no quadro normativo de suas competências, sem que tenham autonomia para abrir mão daquilo que o constituinte lhe entregou em termos de competências. (MS 33340)

9.7. Princípio da Concordância Prática ou Harmonização

O princípio da harmonização parte da premissa de que não existe hierarquia entre bens constitucionais, não há prevalência de um bem constitucional sobre outro.

Contudo, quando identificado possível conflito, ou concorrência, entre direitos constitucionais em concreto, caberá ao intérprete coordenar esses direitos/princípios conflitantes, se possível, compatibilizando-os, viabilizando os princípios ou direitos conflitantes, evitando o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.

Deve, portanto, o intérprete buscar conciliar normas constitucionais aparentemente antagônicas.

Esse princípio está imbricado com os princípios da Unidade da Constituição e do Efeito Integrador, impondo a coordenação e com-

²⁹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1224/1225.

binação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar a exclusão absoluta de uns em relação a outros.

O âmbito de aplicação (maior) do referido princípio são os direitos fundametais (conflito ou colisão entre direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionais).

É subjacente (implícito) ao referido princípio a inexistência de hierarquia (jurídica) entre bens jurídicos constitucionais, que teriam igual valor, evitando (ou impedindo) o sacrifício de uns em relação aos outros, *impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens*.²⁹⁵

Vejamos:

A 2ª Turma, por maioria, denegou a ordem de “habeas corpus” impetrado em favor de civil, condenado pela prática do crime descrito no art. 299 do CPM (desacato). A defesa sustentou a inconstitucionalidade da imputação do delito a civil, bem assim a incompatibilidade da criminalização da conduta com o Pacto de São José da Costa Rica. A Turma assinalou que o delito de desacato, quer conforme tipificado na legislação penal comum, quer na militar, tem por sujeito passivo secundário o funcionário público (civil ou militar), figurando o Estado como sujeito passivo principal. O bem jurídico tutelado é a Administração Pública, levando-se em conta seu interesse patrimonial e moral. A tutela penal está no interesse em se assegurar o normal funcionamento do Estado, protegendo-se o prestígio do exercício da função pública. Assim, a norma tem como destinatário da proteção legal mais a função pública do que a pessoa (civil ou militar). Portanto, para a configuração do crime, não é necessário que o funcionário público se sinta ofendido, sendo indispensável que o menoscabo tenha alvo certo, de forma que a vítima deve ouvir a palavra injuriosa ou sofrer diretamente o ato. O desacato é crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa. É essencial para a configuração do delito que o funcionário público esteja no exercício da função, ou, estando fora, que a ofensa seja empregada em razão dela. Deve, pois, haver o chamado nexo funcional. A crítica ou a censura sem excessos, por sua vez, não constituem desacato, ainda que veementes. No que se refere à suposta incompatibilidade desse delito com a liberdade de expressão e de pensamento, garantidos pelo Pacto de São José da Costa Rica e pela Constituição, sabe-se que os

²⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1225.

tratados de direitos humanos podem ser: a) equivalentes às emendas constitucionais, se aprovados após a EC 45/2004; ou b) supralegais, se aprovados antes da referida emenda. De toda forma, estando acima das normas infraconstitucionais, são também paradigma de controle da produção normativa. Nesse sentido, não se infere, da leitura do aludido tratado, afronta na tipificação do crime de desacato. Não houve revogação da norma penal, mas recepção pela regra supralegal. O texto dispõe que o exercício do direito à liberdade de pensamento e de expressão, embora não sujeito a censura prévia, deve assumir responsabilidades ulteriores, expressamente fixadas em lei, para assegurar o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas. Portanto, não se está diante de descriminalização ou de "abolitio criminis". A liberdade de expressão prevista no Pacto de São José da Costa Rica não difere do tratamento conferido pela Constituição ao tema, sendo que esse direito não possui caráter absoluto. A Constituição, ao tutelar a honra, a intimidade e a dignidade da pessoa humana, recepcionou a norma do desacato prevista na legislação penal. O direito à liberdade de expressão deve harmonizar-se com os demais direitos envolvidos, não eliminá-los. Incide o princípio da concordância prática, pelo qual o intérprete deve buscar a conciliação entre normas constitucionais. O exercício abusivo das liberdades públicas não se coaduna com o Estado democrático. A ninguém é lícito usar sua liberdade de expressão para ofender a honra alheia. O desacato constitui importante instrumento de preservação da lisura da função pública e, indiretamente, da dignidade de quem a exerce. Não se pode despojar a pessoa de um dos mais delicados valores constitucionais, a dignidade da pessoa humana, em razão do "status" de funcionário público (civil ou militar). A investidura em função pública não constitui renúncia à honra e à dignidade. Nesse aspecto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão responsável pelo julgamento de situações concretas de abusos e violações de direitos humanos, reiteradamente tem decidido contrariamente ao entendimento da Comissão de Direitos Humanos, estabelecendo que o direito penal pode punir condutas excessivas no exercício da liberdade de expressão. Por conseguinte, a figura penal do desacato não tolhe o direito à liberdade de expressão, não retirando da cidadania o direito à livre manifestação, desde que exercida nos limites de marcos civilizatórios bem definidos, punindo-se os excessos. A Constituição impõe à Administração a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, podendo-se deduzir daí a compatibilidade entre a defesa da honra e intimidade do funcionário público e a liberdade de expressão. Não

parece ainda o caso de se invocar a teoria da adequação social como causa supralegal de exclusão da tipicidade, pela qual se preconiza que determinadas condutas, consensualmente aceitas pela sociedade, não mais se ajustam a um modelo legal incriminador. A evolução dos costumes seria fator decisivo para a verificação da excludente de tipicidade, circunstância ainda não passível de aferição, mas é preciso que o legislador atualize a legislação para punir eficazmente desvios e abusos de agentes do Estado. Havendo lei, ainda que deficitária, punindo o abuso de autoridade, pode-se afirmar que a criminalização do desacato se mostra compatível com o Estado democrático. Vencido o ministro Edson Fachin, que concedeu a ordem. HC 141949/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 13.3.2018. (HC-141949)

A concordância prática se vale do critério da ponderação de bens (R. Alexy).²⁹⁶

Nesse sentido voto divergente do Ministro L. Édson Fachin no RE 806339/SE:

A seu ver, os votos que negaram provimento ao recurso alçaram o “prévio aviso à autoridade competente” à condição de legalidade da manifestação. Nesse tocante, o ministro sublinhou ser estreita a vinculação que existe entre direito de reunião e direito de expressão. Colheu a lição de que o exercício de um direito não pode implicar a supressão de outros. De todo modo, no momento do balanceamento do peso atribuído a cada direito, deve-se ter em conta ser o direito à liberdade de expressão um dos primeiros e mais importantes fundamentos de toda a estrutura democrática. A liberdade de expressão não apenas merece ser tomada em conta, como qualquer outro direito afetado, mas requer atenção privilegiada, pois o socavar da liberdade de expressão afeta diretamente o nervo principal do sistema democrático. Dada a primazia do direito de expressão, não é possível interpretar a exigência de aviso prévio como condicionante ao seu exercício.

²⁹⁶ Hesse critica posições, como a teorizada por Robert Alexy, que defendem uma suposta **ponderação de bens ou valores**, diz Hesse que, a ideia ponderação de bens incide no perigo de desconsiderar a própria unidade da constituição, portanto, a partir da ideia de força normativa e unidade da constituição, impõem-se ao intérprete a tarefa de otimização da constituição como um todo, devendo ser traçado o respectivos limites de cada bem examinado, para que ambos possam ser realizados e forma ótima, não haveria ponderação, mas sim, interpretação adequada.

Segundo o ministro, a regulamentação do direito de reunião não pode ter por finalidade criar uma base para proibir a reunião ou manifestação, consoante consignado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O único sentido possível para essa exigência é precisamente o de permitir que o poder público zele para que o exercício do direito se dê de forma pacífica e não frustre outra reunião no mesmo local, sendo suficiente, para tanto, notificação efetiva. Essa interpretação exige das autoridades públicas uma postura ativa. Afinal, manifestações espontâneas não estão proibidas nem pelo texto constitucional nem pelos tratados de direitos humanos. A inexistência de notificação não torna "ipso facto" ilegal a própria reunião.

O ministro assinalou que a exegese do tribunal de origem de considerar ilegal a reunião não precedida de aviso afronta o direito constitucionalmente assegurado. Afirmou que a concessão do interdito proibitório pelo tribunal "a quo" também não obedece ao teste da estrita necessidade e proporcionalidade.

Destacou que, em uma sociedade democrática, o espaço público não é apenas um lugar de circulação, mas também de participação. Não por acaso, a Comissão Interamericana assentou que, conquanto o exercício do direito de reunião possa causar distúrbios na rotina normal da vida, ou ainda que afete a liberdade de circulação, tais distúrbios são parte da mecânica de uma sociedade plural em que interesses divergentes e às vezes conflitantes coexistem e encontram os fóruns em que podem se expressar. Noutras palavras, há um custo na convivência democrática e é em relação a ele que eventual restrição deve ser estimada.

Os ministros Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski alinharam-se ao dissenso.

RE 806339/SE, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 19.12.2018. (RE-806339)

9.8. Princípio (regra ou postulado) da Proporcionalidade (*verhältnismässigkeit*)

O referido princípio, tem origem no direito (administrativo) germânico (caso *Erdölbevorratung*) e, vem sendo tratado pela doutrina (majoritária) brasileira como sinônimo do *princípio da razoabilidade*, ou inserindo a razoabilidade como um aspecto da proporcionalidade.²⁹⁷

²⁹⁷ Nesse sentido: Barroso. Direito Constitucional Contemporâneo.

Já autores mais modernos estabelecem distinções entre proporcionalidade e razoabilidade; seriam pois, princípios distintos, que não se confundem.²⁹⁸ (É a posição à qual nos filiamos)

Defendendo a distinção Virgílio Afonso da Silva diz que é comum a equiparação, errônea, entre *proporcionalidade* e *razoabilidade*, dizendo que, muitas vezes, no entanto, a proporcionalidade é encarada como mero sinônimo de razoabilidade, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência. Sendo essa identificação errônea.²⁹⁹

O critério da proporcionalidade se desenvolve no direito alemão e possui uma estrutura objetivamente delimitada e mais complexa do que a razoabilidade (que se desenvolve no direito inglês e americano), e, busca traçar limites racionais para análise de correspondência (causalidade) entre *meio* e *fim*.

Virgílio Afonso da Silva assim se manifesta:

A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes - a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito - que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade. A regra da proporcionalidade, portanto, não só não tem a mesma origem que o chamado princípio da razoabilidade, como freqüentemente se afirma, mas também deste se diferencia em sua estrutura e em sua forma de aplicação.³⁰⁰

O postulado da proporcionalidade pressupõe a relação de causalidade entre o efeito de uma ação (meio) e a promoção de um estado de coisas (fim). Adotando-se o meio, promove-se o fim: o meio leva ao fim.³⁰¹

²⁹⁸ Por exemplo: Virgílio Afonso da Silva (<https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>) e Humberto Ávila (Teoria dos Princípios), com critérios bem distintos entre eles.

²⁹⁹ VIRGÍLIO, Afonso da Silva (<https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>)

³⁰⁰ Nesse sentido: VIRGÍLIO, Op.cit.

³⁰¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 4. ed., 2. tir., São Paulo: Malheiros, 2005. _____, *Teoria dos Princípios*. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

9.8.1. Estrutura do Princípio (regra ou postulado) da Proporcionalidade³⁰²

³⁰² Vejamos decisão do STF:

Direito Constitucional - Controle de Constitucionalidade. Depositário infiel de valor pertencente à Fazenda: **proporcionalidade** e devido processo legal.

O Plenário julgou procedente pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei 8.866/1994, resultante da conversão da Medida Provisória 427/1994, reeditada pela Medida Provisória 449/1994. A lei impugnada trata do depositário infiel de valor pertencente à Fazenda Pública.

De início, o Colegiado assinalou que, ainda que a ação tenha sido ajuizada, originalmente, em face de medida provisória, não cabe falar em prejudicialidade do pedido. Não há a convalidação de eventuais vícios existentes, razão pela qual permanece a possibilidade do exercício do juízo de constitucionalidade. Na espécie, há continuidade normativa entre o ato legislativo provisório e a lei que resulta de sua conversão.

No que diz respeito à análise dos requisitos de urgência e relevância da medida provisória, no caso, não cabe ao Poder Judiciário examinar o atendimento desses requisitos. Trata-se de situação tipicamente financeira e tributária, na qual deve prevalecer, em regra, o juízo do administrador público.

Afastada a hipótese de abuso, deve-se adotar orientação já consolidada pelo STF e, portanto, rejeitar a alegação de inconstitucionalidade por afronta ao art. 62 da CF.

Ademais, a medida provisória atacada foi posteriormente convertida em lei, ou seja, recebeu a chancela do Poder Legislativo, titular do poder legiferante por excelência. Assim, o reconhecimento da existência de inconstitucionalidade formal poderia ser interpretado como ataque ao princípio da separação dos Poderes.

No mérito, a Corte explicou que a lei: a) cria a ação de depósito fiscal, com o escopo primordial de coagir, sob pena de prisão, o devedor a depositar o valor referente à dívida na contestação, ou após a sentença, no prazo de 24 horas; b) chancela a possibilidade de submeter o devedor a sofrer processo judicial de depósito, sem que tenha ocorrido a finalização do processo administrativo fiscal; e c) dispõe sobre a proibição de, em se tratando de coisas fungíveis, seguir-se o disposto sobre o mútuo (CC/1916, art. 1280; CC/2002, art. 645), com a submissão do devedor a regime mais gravoso de pagamento, em face dos postulados da proporcionalidade, do limite do direito de propriedade e do devido processo legal.

Diante desse cenário, admitir que seja erigido à condição de “depositário infiel aquele que não entrega à Fazenda Pública o valor referido neste artigo, no termo e forma fixados na legislação tributária ou previdenciária” (Lei 8.866/1994, art. 1º, § 2º) para o fim de coagi-lo a pagar a dívida tributária ou previdenciária da União, dos Estados-Membros e do Distrito Federal, cria situação mais onerosa do que a prevista no ordenamento jurídico até então vigente, consistente nas garantias constitucionais e nas já previstas disposições do CTN (CF, art. 5º, LV; e CTN, arts. 142, 201 e 204).

À época da edição da Medida Provisória 427/1994, já existia a Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/1980) e a medida cautelar fiscal (Lei 8.397/1992), as quais são instrumentos suficientes, adequados e proporcionais para a cobrança tributária.

9.8.1.1. Critério Tripartite

O critério mais comum (tripartite) subdivide o exame da proporcionalidade em três etapas ou fases, que devem ser analisadas sequencialmente, são elas: (a) Idoneidade/Adequação; (b) Necessidade e (c) Proporcionalidade em Sentido Estrito.

(a) O meio será adequado/idôneo quando for apto a alcançar, fomentar (fördern) ou promover, o fim de maneira ótima, efetiva.

Cumprindo o mandamento constitucional do devido processo legal, ambos os dispositivos estipulam ritos e privilégios para a tutela da arrecadação ao erário e garantias ao contribuinte.

Sem guardar qualquer correspondência com o **postulado da proporcionalidade e seus subprincípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito**, a lei em questão possibilita o ajuizamento de demanda que coage ao depósito da quantia devida com ou sem apresentação de contestação, sob pena de decretação de revelia.

E mais: a legislação questionada admite o ajuizamento de demanda judicial apenas com base em “declaração feita pela pessoa física ou jurídica, do valor descontado ou recebido de terceiro, constante em folha de pagamento ou em qualquer outro documento fixado na legislação tributária ou previdenciária, e não recolhido aos cofres públicos” (Lei 8.866/1994, art. 2º, I), sem que ocorra a finalização do processo administrativo fiscal, o que fere postulados constitucionais (CF, art. 5º, LIV e LV).

É corolário do princípio do devido processo legal que aos litigantes sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a eles inerentes. O postulado também se aplica aos processos que contenham relação jurídico-tributária, razão pela qual aquela medida vulnera a garantia do contribuinte ao devido processo legal.

Nesse sentido, determinar que a contestação seja apresentada com o depósito do numerário sob pena de revelia equivale a exigir depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial, o que é manifestamente proibido pela Suprema Corte, nos termos da Súmula Vinculante 28.

É cediço que há o dever fundamental de pagar tributos, entretanto os meios escolhidos pelo Poder Público devem estar jungidos à necessidade da medida, à adequação e à proporcionalidade, em sentido estrito, de restringir os meios de adimplemento em caso de cobrança judicial, as quais não estão presentes na apreciação da legislação ora questionada.

Existe inegável conflito entre os cidadãos e os agentes privados no sentido de transferir para os demais concidadãos o ônus tributário, furtando-se, tanto quanto possível, a tal encargo. Ao disciplinar de maneira isonômica, segundo a capacidade econômica do contribuinte, a distribuição dos ônus tributários e ao operar por meio da fiscalização tributária para conferir efetividade a esse objetivo, o Estado está verdadeiramente a prestar aos cidadãos a função de árbitro de um conflito entre agentes privados.

ADI 1055/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 15.12.2016. (ADI-1055)

(b) Será necessário na hipótese de não existirem medidas alternativas menos gravosas, que gerem a menor ingerência possível para atingir os objetivos pretendidos.³⁰³

*Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.*³⁰⁴

Como se nota, o exame da adequação é absoluto, já a verificação da necessidade demanda uma análise comparativa.

(c) Será proporcional em sentido estrito quando o grau de satisfação ou promoção do fim superar em intensidade o grau em que se restringe o direito fundamental, nessa fase se faz um sopesamento entre as vantagens decorrentes da promoção do fim e as desvantagens acarretadas pelo meio adotado, se faz um balanceamento entre o grau de restrição a um *bem* constitucional de um lado e a promoção de outro *bem* constitucional contraposto.³⁰⁵

A proporcionalidade em sentido estrito consiste, portanto, em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental colidente e que serve de fundamento para adoção da medida restritiva.

Proporcionalidade
Adequação: meio apto para alcançar, fomentar (fördern) ou promover o fim. Necessidade: meio menos gravoso para alcançar, fomentar ou promover o fim. Proporcionalidade stricto sensu: ponderação entre as vantagens decorrentes da promoção do fim e as desvantagens decorrentes do meio adotado.

9.8.1.2. Critério Quinquipartite

Podemos falar, também, em um critério quinquipartite³⁰⁶ de análise da proporcionalidade, ou mesmo uma sub-divisão do primeiro critério (*adequação*) em três (3) sub-fases:

³⁰³ Nesse ponto, um ato que limite direito fundamental, só será tido como necessário para realizar o fim pretendido quando não houver outro meio menos gravoso (que restrinja menos) ao direito fundamental afetado.

³⁰⁴ VIRGÍLIO. Op.cit.

³⁰⁵ Daniel Sarmento fala em relação de **custo/benefício** do meio examinado. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1. ed., 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

³⁰⁶ Nesse sentido conferir: Jeffrey Jowell, "Beyond the Rule of Law: Towards Constitutional Judicial Review".

Em um (1º) primeiro momento deve se indagar se o fim pretendido é legítimo (constitucional)³⁰⁷, no (2º) segundo momento examina-se se o meio é legítimo abstratamente considerado (constitucional) e, só então proceder-se-á ao exame da idoneidade propriamente dita; podemos inserir (conforme quadro baixo) essas duas etapas dentro do exame da adequação.

9.8.1.3. *Quadro comparativo entre os critérios tripartite e quinquipartite*

PROPORCIONALIDADE		
CRITÉRIOS:	TRIPARTITE	QUINQUIPARTITE
FASES	I - Idoneidade ou Adequação	I - Legitimidade do Fim (razoabilidade externa)
		II - Legitimidade do Meio
		III - Adequação (meio adequado para alcançar, fomentar (<i>fördern</i>) ou ao menos promover o fim, razoabilidade interna)
	II - Necessidade	IV - Necessidade
	III - Proporcionalidade stricto sensu (custo/benefício, sopesamento)	V - Proporcionalidade stricto sensu (custo/benefício, sopesamento)

³⁰⁷ Virgílio aponta que, modernamente costuma-se identificar um elemento adicional, que precede a análise da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito: a análise da legitimidade dos fins que a medida questionada pretende atingir. Essa tendência é perceptível principalmente nos autores que se ocupam com a aplicação da regra da proporcionalidade perante a Corte Europeia de Direitos Humanos.

9.8.1.4. Âmbito de aplicação do critério da proporcionalidade (Proibição do Excesso/*Übermassverbot* e Proibição de Insuficiência/*Untermassverbot*)

Proporcionalidade	
Proibição do Excesso (<i>Übermassverbot</i>)	Adequação: meio apto para alcançar, fomentar ou promover o fim. Necessidade: meio menos gravoso para alcançar ou promover o fim. Proporcionalidade stricto sensu: ponderação entre as vantagens decorrentes da promoção do fim e as desvantagens decorrentes do meio adotado.
Proibição de Insuficiência (<i>Untermassverbot</i>)	Adequação/efetividade: meio efetivo para promover o fim. Necessidade/suficiência: meio mais eficiente para promover o fim. Proporcionalidade stricto sensu: análise entre o grau de satisfação do fim realizado e sua não proteção.

No exame da insuficiência ou proibição de proteção insuficiente o ato:

Não será adequado quando não proteja ou promova o direito fundamental de maneira ótima, efetiva; não será necessário ou suficiente na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.³⁰⁸

³⁰⁸ Controle e constitucionalidade das leis penais. Mandatos constitucionais de criminalização. A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como **proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela** (*Untermassverbote*). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.

HC 104.410, rel. min. Gilmar Mendes, j. 6-3-2012, 2ª T, DJE de 27-3-2012.

Na ADI 3510, o min. Gilmar Mendes assim definiu:³⁰⁹

O princípio (ou regra ou postulado) da proporcionalidade vem sendo aperfeiçoado, pela doutrina e jurisprudência, nacional e alienígena, como importante critério de controle dos atos emanados dos Poderes do Estado, tendo um duplo âmbito de incidência, aplicável para o controle de medidas excessivas, na vertente de Proibição de Excesso (Übermassverbot), como também para o controle de medidas insuficientes ou inexistentes, na vertente da Proibição de Insuficiência; nesse último aspecto, proibição de proteção insuficiente, da proporcionalidade o ato não será adequado ou efetivo quando não proteja ou promova o direito fundamental de maneira ótima, efetiva; não será necessário ou suficiente na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção. (Nesse sentido: CANARIS, Claus-Wilhelm, Direitos Fundamentais. Coimbra, Almedina. 2003)

9.9. Princípio da Razoabilidade

A razoabilidade (*reasonableness*), que tem origem no direito anglo-saxão (caso: *Lochner*, EUA/1905 e caso: *Wednesbury Corporation*, Inglaterra/1948), não possui uma estrutura desenvolvida como o critério da proporcionalidade e, tampouco se aplica da mesma maneira.

O critério da razoabilidade funciona com um corretivo, para situações extremas, em que a aplicação do direito se mostre *desarrazoada*, afastando a aplicação de uma regra jurídica para o caso concreto, quando a sua incidência no caso se mostre absurda.

Razoabilidade (dever de *equidade*), tomando por base as lições de Rawls, deve ser vista como um critério de justiça, limitando e condicionando a própria ideia do *racional*.³¹⁰

Conferir também: ADO 26 e MI 4733, ações em que se discute a proteção insuficiente dos *LGBT* ante a omissão legislativa em criminalizar a conduta de homofobia.

³⁰⁹ Nesse sentido conferir: CANARIS, Claus-Wilhelm, *Direitos Fundamentais*. Coimbra, Almedina. 2003

³¹⁰ A razoabilidade está ligada a ideia de *justo*, a racionalidade à ideia do bom, diz respeito a uma concepção particular acerca do bem e dos meios para implementá-la.

*Ávila entende a razoabilidade como dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade), atua como instrumento para determinar se as circunstâncias de fato estão dentro da normalidade, serve como ajuste quanto à aplicação da norma geral para o caso concreto, afastando a aplicação, para o caso concreto, quando a incidência da norma conduzir ao absurdo.*³¹¹

A razoabilidade é vista como dever de congruência do Direito e suas condições externas, não há uma relação entre meio e fim, mas sim uma relação de correspondência entre medida adotada e o critério que a dimensiona, será razoável o ato quando houver uma relação de congruência entre essas duas grandezas.

Vejamos decisão do STF:

O Plenário confirmou os termos das medidas cautelares (Informativos 195, 476 e 546) e julgou parcialmente procedente os pedidos formulados em três ações diretas de inconstitucionalidade para dar interpretação conforme à Constituição ao art. 625-D, §§ 1º a 4º (1), da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), para a reconhecer que a Comissão de Conciliação Prévia constitui meio legítimo, mas não obrigatório, de solução de conflitos, resguardado o acesso à Justiça para os que venham a ajuizar demandas diretamente no órgão judiciário competente, e manter hígido o inciso II (2) do art. 852-B da CLT. Além disso, por maioria, conferiu interpretação sistemática ao art. 625-E, parágrafo único (3), da CLT, no sentido de que a “eficácia liberatória geral” do termo neles contido está relacionada ao que foi objeto da conciliação. Diz respeito aos valores discutidos e não se transmuta em quitação geral e indiscriminada de verbas trabalhistas. Em obediência ao inciso XXXV (4) do art. 5º da Constituição Federal (CF), é desnecessário prévio cumprimento de requisitos desproporcionais, procrastinatórios ou inviabilizadores para a submissão de pleito ao órgão judiciário. Não cabe à legislação infraconstitucional expandir o rol de exceções ao direito de acesso ao Judiciário. Nesse sentido, contraria a CF a interpretação do art. 625-D e parágrafos que reconheça a submissão da pretensão à Comissão de Conciliação Prévia como requisito para ajuizamento de reclamação trabalhista. Essa compreensão, contudo, não exclui a idoneidade do subsistema de autocomposição previsto nos preceitos, apto a buscar a pacificação social. A legitimidade do referido meio alternativo de resolução de conflitos baseia-se na consensualidade, importante

A partir dessa ideia podemos ligar o critério da proporcionalidade ao racional, não ao razoável.

³¹¹ Ávila. Op. cit. p. 159.

instrumento de acesso à ordem jurídica justa. No mais, é legítima a citação estabelecida no inciso II do art. 852-B da CLT. Um de seus objetivos é conferir celeridade e efetividade ao rito sumaríssimo adotado na Justiça do Trabalho. Por fim, a isonomia constitucional não impõe tratamento linear e rígido a todos os que demandam a atuação do Poder Judiciário. A admissão da citação editalícia no mencionado rito representaria desigualdade material. Essa prática tenderia a alinhar os ritos sumaríssimo e ordinário em detrimento dos princípios da primazia da realidade e da razoabilidade. Portanto, caso não se encontre o jurisdicionado, haverá a transformação do procedimento em ordinário. Vencidos os ministros Edson Fachin e Rosa Weber no tocante ao art. 625-E, parágrafo único, da CLT, que declararam a inconstitucionalidade da expressão “e terá eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas” constante da parte final do parágrafo único. (1) CLT: “Art. 625-D. Qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria. § 1º A demanda será formulada por escrito ou reduzida a termo por qualquer dos membros da Comissão, sendo entregue cópia datada e assinada pelo membro aos interessados. § 2º Não prosperando a conciliação, será fornecida ao empregado e ao empregador declaração da tentativa conciliatória frustrada com a descrição de seu objeto, firmada pelos membros da Comissão, que deverá ser juntada à eventual reclamação trabalhista. § 3º Em caso de motivo relevante que impossibilite a observância do procedimento previsto no ‘caput’ deste artigo, será a circunstância declarada na petição da ação intentada perante a Justiça do Trabalho. § 4º Caso exista, na mesma localidade e para a mesma categoria, Comissão de empresa e Comissão sindical, o interessado optará por uma delas submeter a sua demanda, sendo competente aquela que primeiro conhecer do pedido.” (Incluídos pela Lei 9.958/2000) (2) CLT: “Art. 625-E. Aceita a conciliação, será lavrado termo assinado pelo empregado, pelo empregador ou seu proposto e pelos membros da Comissão, fornecendo-se cópia às partes. Parágrafo único. O termo de conciliação é título executivo extrajudicial e terá eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas.” (Incluídos pela Lei 9.958/2000) (3) CLT: “Art. 852-B. Nas reclamações enquadradas no procedimento sumaríssimo: (...) II - não se fará citação por edital, incumbindo ao autor a correta indicação do nome e endereço do reclamado;” (Incluídos pela Lei 9.957/2000) (4) CF/1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à

igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;" ADI 2139/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 1º.8.2018. (ADI-2139)

Ainda com o Supremo:³¹²

(...) etapas de concurso público em datas e horários distintos dos previstos em edital, por candidato que invoca escusa de consciência por motivo de crença religiosa, desde que presentes a razoabilidade da alteração, a preservação da igualdade entre todos os candidatos e que não acarrete ônus desproporcional à Administração Pública, que deverá decidir de maneira fundamentada (Tema 386).

Nos termos do artigo 5º, VIII, da Constituição Federal é possível à Administração Pública, inclusive durante o estágio probatório, estabelecer critérios alternativos para o regular exercício dos deveres funcionais inerentes aos cargos públicos, em face de servidores que invocam escusa de consciência por motivos de crença religiosa, desde que presentes a razoabilidade da alteração, não se caracterize o desvirtuamento do exercício de suas funções e não acarrete ônus desproporcional à Administração Pública, que deverá decidir de maneira fundamentada (Tema 1.021).

9.10. Princípio da Presunção de Constitucionalidade

Conforme o referido princípio os atos dos Poderes Públicos são presumidamente compatíveis com a Constituição, nascem, dotados de presencio de validade, presunção relativa.

Indica ao intérprete que as leis e atos normativos editadas pelos Poderes do Estado nascem *presumidamente* compatíveis com a Constituição. São dotados de presunção vertical de compatibilidade, parte-se da premissa que, quando o poder do Estado atua, ele o faz em conformidade com a Constituição.

O que se justifica, pois, sendo a Constituição fundamento de validade da atuação de todo e qualquer *Poder* – excetuado o Poder

³¹² RE 611874/DF, rel. orig. Min. Dias Toffoli, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgamento em 19.11, 25.11 e 26.11.2020. (RE-611874)
ARE 1099099/SP, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 19.11, 25.11 e 26.11.2020. (ARE-1099099)

Constituinte Originário, o próprio poder fundamental, parágrafo único do art. 1.º da CRFB/1988 –, só poderíamos partir da premissa de atuação presumidamente compatível com a Constituição.

O julgador deve partir da presunção de constitucionalidade do ato objeto de controle e não o contrário. Deve buscar, antes de sua declaração de inconstitucionalidade, sua compatibilização com a Constituição, tendo em conta a referida presunção (relativa).

Não sendo a referida presunção absoluta, mas sim relativa, poderá ser afastada com a declaração de invalidade do ato, declaração de inconstitucionalidade da lei ou do respectivo ato normativo.³¹³

Aplicação do princípio da presunção de constitucionalidade:

O Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, indeferiu pedido de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade de que pretendia suspender a eficácia dos artigos 3º, § 7º, da Lei 12.618/2012 e 92 da Lei 13.328/2016, com vistas a afastar qualquer restrição temporal à opção pelo regime de previdência complementar. A teor do disposto no § 16 do art. 40 da Constituição Federal (CF), o servidor que houver ingressado nos quadros da Administração até o dia da publicação do ato de criação do correspondente regime de previdência complementar somente será a ele vinculado por meio de prévia e expressa opção. Com a instituição do regime de previdência da União, o legislador assinou o prazo de 24 meses a partir do início da sua vigência para que o servidor exerça o direito de escolha (Lei 12.618/2012, art. 3º, § 7º). Em 2016, o prazo foi postergado, sendo o término em 29.7.2018 (Lei 13.328/2016, art. 92). O Colegiado observou que o Poder Executivo justificou a reabertura do período para a opção pelo novo regime, com adesão à Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal (Funpresp), diante do contexto trazido pela Medida Provisória 664, de 30.12.2014, convertida na Lei 13.135/2015. A legislação promoveu importantes mudanças tanto no Regime Geral de Previdência Social quanto no Plano de Seguridade Social dos Servidores Públicos

³¹³ Essa presunção é tão importante que a Constituição Federal (art. 103, §3º) conferiu ao AGU, órgão constitucional, a função de defendê-la, defender a presunção de constitucionalidade de leis a atos normativos.

CRFB/88: art. 103, § 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

Veja que o AGU atua como o *defensor legis*, defende a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos.

Federais, com alterações na Lei 8.112/1990. O deferimento da liminar representaria indevida manipulação de opção político-normativa do Parlamento. Ao Supremo Tribunal Federal (STF), à semelhança do que ocorre com as demais Cortes Constitucionais, cabe exercer o papel de legislador negativo. É sua a relevante função de extirpar do ordenamento jurídico normas incompatíveis com a Lei Maior, devendo, exatamente por esse motivo, atuar com parcimônia. Não há, sob o ângulo material ou formal, qualquer traço de incompatibilidade direta com a Constituição Federal. Quanto ao prazo, o conteúdo dos dispositivos revela legítima atuação parlamentar por meio da fixação de razoáveis balizas temporais ao exercício da opção franqueada aos servidores públicos. Também foi rejeitada a argumentação de que se mantém o quadro de insegurança jurídica derivado da imposição de escolha, em caráter irrevogável e irretratável, pelo ingresso em regime de previdência que poderá vir a ser invalidado pelo STF. Acolher essa alegação subverteria o princípio da presunção de constitucionalidade dos atos normativos. Além da ausência de plausibilidade jurídica da pretensão, não se vislumbrou prejuízo decorrente do retardamento da decisão para os servidores que, tempestivamente, fizeram opção pelo ingresso em regime de previdência complementar, caso o Tribunal, no julgamento do mérito da ação direta, declare a inconstitucionalidade dos preceitos nela impugnados. Na hipótese de vir a ser assentada a inconstitucionalidade da instituição de entidade fechada de previdência complementar de natureza pública, o cenário anterior deverá ser restaurado, com a devida reparação dos danos causados aos servidores públicos atingidos pelas normas eventualmente glosadas pelo STF. Vencidos os ministros Luiz Fux e Ricardo Lewandowski, que deferiram a cautelar. Consideraram presente o “*fumus boni iuris*”, porque o art. 93, VI (1), da CF remete a disciplina da previdência dos magistrados à lei complementar de iniciativa do STF. O ministro Ricardo Lewandowski entendeu demonstrado, também, o “*periculum in mora*”, em razão da proximidade do prazo de opção. (1) CF: “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) VI - a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no art. 40; (Redação dada pela Emenda Constitucional 20, de 1998)” ADI 4885 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 27.6.2018. (ADI-4885)

9.11. Princípio da Interpretação Conforme a Constituição

A interpretação conforme a Constituição é *princípio de interpretação constitucional* inerente à própria jurisdição constitucional exercida dentro de um sistema de constituição rígida, hierarquicamente superior; mas também ganhou maior especificidade com a ampliação do controle de constitucionalidade, sendo então tratada, também, como *técnica de decisão no controle de constitucionalidade*.

Sua natureza jurídica, portanto, é dúplice, é tanto princípio de interpretação constitucional como também, técnica de decisão no controle de constitucionalidade.

O Supremo tribunal Federal reconhece a natureza dúplice da *interpretação conforme a Constituição*, determinando, inclusive, que como técnica de decisão, deve ser observado a regra da reserva de Plenário quando de sua utilização.³¹⁴

Supremo Tribunal Federal:

A interpretação conforme a Constituição, mais do que constituir um método interpretativo, consubstancia técnica de controle de constitucionalidade, não sendo possível, portanto, sua utilização por órgão fracionário. (RE 765.254, Agr-EDv: 20/04/2020)

O STF tem equiparado a *interpretação conforme a Constituição* à *declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto*:

A interpretação conforme a Constituição consiste em uma técnica de decisão que mantém a norma em vigor, não lhe retira a validade, mas exclui expressamente algumas interpretações, algumas leituras, que eram possíveis de serem feitas à luz do seu texto, mas que são incompatíveis com a Constituição. Portanto, interpretar conforme a Constituição significa manter o texto, mas eliminar algumas possibilidades de sentido daquela norma.

(ADI 6427 MC / DF)

Complementando o princípio anterior (princípio da presunção de constitucionalidade), se os atos normativos ao serem introduzidos

³¹⁴ Súmula Vinculante nº 10 do STF: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Conferir: PINHEIRO, Bruno. Controle de Constitucionalidade. 3ªed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

no ordenamento jurídico são presumidamente constitucionais deve o julgador buscar uma interpretação que o compatibilize com a constituição, interpretação conforme a constituição, evitando se pronunciar pela invalidade ou inconstitucionalidade do ato.

Deve ter preferência em face da declaração de inconstitucionalidade, em prestígio a atuação dos demais *Poderes*, em respeito ao sistema de *separação dos poderes*, e ainda, em razão do *princípio da conservação das normas*.

Pensamos que é importante deixar traçado as diferenças básicas entre interpretação conforme a constituição e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, que não se confundem. O tratamento uniforme não parece contribuir para o desenvolvimento e aperfeiçoamento do sistema de controle de constitucionalidade, gerando insegurança jurídica quanto ao alcance de eventual pronunciamento do Supremo.

Reconhecendo de antemão que as referidas técnicas podem coexistir em uma mesma decisão, não é uma obrigatoriedade, o que comprova que não se tratar do mesmo instituto, podemos notar que a própria lei 9868/99 faz distinção, como se vê no parágrafo único do artigo 28: A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Na interpretação conforme a Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que o ato objeto de análise é constitucional, por sua vez, na declaração de nulidade sem redução de texto ocorre a expressa eliminação, por inconstitucionalidade, de determinada hipótese de aplicação do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal.

“Segundo esse princípio, deve-se sempre interpretar uma norma legal de maneira que ela esteja de acordo com os princípios constitucionais. Havendo mais possibilidades de interpretação normativa, deve ser preferida aquela na qual a regulação legal dirige-se conformemente à Constituição. O princípio une, por conseguinte, a interpretação do texto normativo com o controle de normas”. (Müller)

O princípio de interpretação das leis e demais atos normativos em conformidade com a constituição ganha (maior) relevância, portanto, no caso de

textos polissêmicos ou plurissignificativos, nessas hipóteses, deve-se dar preferência à leitura do texto que se mostre mais adequada à constituição (princípio da prevalência da constituição) e, com base na ideia de (princípio da conservação de normas) conservação das normas, se afirma que a declaração de inconstitucionalidade só deve ocorrer quando não for possível a compatibilização da mesma com a Constituição, sendo defeso se interpretar uma norma contra a própria norma, interpretação que contrarie o texto (a literalidade, a letra) legal ou seu sentido possível, vedação de interpretação conforme a Constituição mas *contra legem* (princípio de interpretação da Constituição mas contra legem).

Importa destacar que, quando houver mais de uma interpretação (duas ou mais), todas adequadas a Constituição, deve-se dar preferência à interpretação que garantir maior efetividade à norma constitucional (princípio da *máxima efetividade*).

Canotilho afirma que:

Este princípio deve ser compreendido articulando todas as dimensões referidas, de modo que se torne claro: (1º) a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um espaço de decisão (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela; (2º) no caso de se chegar a um resultado interpretativo de uma norma jurídica em inequívoca contradição com a lei constitucional, impõe-se a rejeição, por inconstitucionalidade, dessa norma (= competência de rejeição ou não aplicação de normas inconstitucionais pelos juízes), proibindo-se a sua correcção pelos tribunais (= proibição de correcção de norma jurídica em contradição inequívoca com a constituição); (3º) a interpretação das leis em conformidade com a constituição deve afastar-se quando, em lugar do resultado querido pelo legislador, se obtém uma regulação nova e distinta, em contradição com o sentido literal ou sentido objectivo claramente recognoscível da lei ou em manifesta dessintonia com os objectivos pretendidos pelo legislador.³¹⁵

9.11.1. Interpretação da Constituição Conforme as Leis (gesetzeskonform Verfassungsinterpretation)

³¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1226/1227.

Como podemos inferir do próprio termo (interpretação da constituição conforme as leis), cuida-se de interpretar a constituição em consonância com a lei, não a lei em conformidade com a constituição, há uma inversão.

O termo é de *Walter Leisner*³¹⁶ (que se manifestou contrariamente ao referido ‘princípio de interpretação’) e, remete à necessidade de, em determinados casos de concretização da constituição, se recorrer às leis, como instrumental auxiliar na própria interpretação constitucional, mormente quando se tratar de textos mais abertos e conceitos indeterminados previstos na Constituição, que dependam de densificação, ao cargo do Legislador.

Podemos indicar como exemplo a expressão ‘coisa julgada’, prevista no inciso XXXVI, do artigo 5º da nossa Constituição, cuja compreensão se dá a partir do que definido na legislação (processual) infraconstitucional; ou ainda a expressão ‘operação de crédito’ estabelecida no inciso VI, do artigo 52 da CRFB/88, que deve ser interpretada a partir dos contornos definidos em lei.

Decisão recente do STF:

Resolução do Senado Federal: operação de crédito e cessão de dívida ativa a bancos

O Plenário iniciou julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas contra a Resolução 33/2006, do Senado Federal (SF), por meio da qual se autorizou estados, Distrito Federal e municípios a transferirem a cobrança de suas dívidas ativas, por meio de endossos-mandatos, a instituições financeiras.

Inicialmente, o ministro Alexandre de Moraes (relator) considerou que as associações requerentes cumprem o requisito da pertinência temática, pois o ato impugnado legislou sobre cobrança da dívida ativa tributária, matéria incluída nas funções dos procuradores de estado e fiscais de tributos estaduais.

No mérito, julgou procedentes as ações, por entender que a resolução impugnada atuou fora dos limites da capacidade normativa cometida ao SF pelo art. 52, VII (1), da Constituição Federal (CF), no que foi acompanhado pelo ministro Edson Fachin.

³¹⁶ LEISNER, Walter. Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung – Betrachtung zur möglichen selbständigen Begrifflichkeit im Verfassungsrecht. Tübingen, 1964.

Segundo esse dispositivo, compete privativamente ao SF dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal.

O conceito constitucional de operação de crédito, ainda que por antecipação de receita, deve estar em consonância com a definição prevista no art. 29, III (2), da LC 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

ADI 3786/DF, rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 13.6.2018. (ADI-3786)

ADI 3845/DF, rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 13.6.2018. (ADI-3845)

Esse ‘princípio’ de interpretação deve ser tomado com muito cuidado, sob pena de se enfraquecer a própria ideia de força normativa da constituição, podendo subverter a noção de hierarquia normativa, privilegiando a norma infraconstitucional em detrimento da constituição, razão pela qual será necessário o cotejo em face da constituição como um todo, de forma a não gerar *interpretações inconstitucionais*, o que poderia fazer com que a **legalidade da constituição** se sobreponha à **constitucionalidade da lei**; embora, deixe-se anotado, seja importante, para concretização dos preceitos constitucionais, uma vez que os preceitos constitucionais são formas de ordenação de uma realidade, com alta carga prospectiva, em outros termos, são direcionados, também, para o futuro, por essa razão suas normas exigem uma maior abertura, flexibilidade e indeterminabilidade, de maneira a se adequarem, com maior facilidade, às transformações que venham a ocorrer na sociedade, ganhando relevo, nesse aspecto, a atuação legislativa concretizadora dos preceitos constitucionais.

A legislação infraconstitucional revela-se mais próxima das transformações que ocorrem na sociedade e, portanto, o legislador infraconstitucional estaria mais apto a formular e concretizar os preceitos constitucionais através da edição de normas infraconstitucionais, moldando-os de acordo com os anseios da sociedade, sempre dentro dos limites constitucionais.

Tal atuação legislativa de conformação dos preceitos constitucionais através da legislação infraconstitucional não pode levar, todavia, a uma subversão da hierarquia normativa, como comumente dito por seus críticos e advertência que já deixamos gizada, já que a atuação legislativa sempre deverá se pautar em princípios presentes expressa

ou implicitamente na *Carta Magna*, que servirão como parâmetro que nunca poderão ser transgredidos pelo legislador infraconstitucional.³¹⁷

³¹⁷ PIS/COFINS: Base de Cálculo e Seguradoras – 2

O Min. Cezar Peluso afirmou que o Tribunal estaria sendo instado a definir, de uma vez por todas, o que seria a noção de faturamento constante do art. 195, I, da CF, na redação que precedeu a EC 20/98. Asseverou que a palavra faturamento teria um conceito histórico, e, demonstrando o confronto entre a teoria que entende faturamento como sinônimo de receita de venda de bens e serviços daquela que o considera resultado das atividades empresariais, reputou a segunda mais conforme ao sentido jurídico-constitucional e à realidade da moderna vida empresarial. Explicou que a expressão teria se originado da prática comercial, correspondendo à receita decorrente da emissão de faturas nos termos da legislação comercial, mas que, ao longo do tempo, com o desenvolvimento das atividades comerciais e sua correlata expansão semiológica, ter-se-ia reconhecido a inaplicabilidade desse conceito primitivo, historicamente situado e extremamente restrito. Salientou que a palavra faturamento nunca teve no contexto da Constituição Federal o significado de vendas correspondentes à emissão de faturas, e que a adoção de faturamento do corpo constitucional não se reduziria a essa definição antiquada e em franco desuso de vendas acompanhadas de faturas. Para o relator, traçando um panorama diacrônico da conotação do termo faturamento, ter-se-ia que, assim como houvera superação do seu conceito como receita decorrente de vendas mercantis formalizadas mediante fatura em favor daquele outro que o toma no sentido de receita advinda de operações de vendas de mercadorias e serviços, seria necessário atualizar essa definição à luz das práticas atuais e empresariais, considerada a multiplicidade das atividades que ora compreenderia.

Ressaltou que, apesar de faturamento não traduzir conceito contábil preciso, existiria uma noção que poderia auxiliar a exprimir com precisão o significado suposto pela Constituição, qual seja, a Norma Brasileira de Contabilidade – NBC T.3.3, aprovada pela Resolução do Conselho Federal de Contabilidade 686/90, que dispõe que “3.3.2.3 – A demonstração do resultado evidenciará, no mínimo, e de forma ordenada: a) as receitas decorrentes da exploração das atividades-fins;”. Esclareceu que, conquanto não vincule à interpretação constitucional, tal definição ofereceria um ponto sustentável de partida metodológica para compreender faturamento como expressão da receita advinda da realização da finalidade da empresa ou do seu objeto social. Afirmou que a natureza ou finalidade específica de cada atividade empresarial que se considere seria indissociável da idéia jurídica tributária de faturamento enquanto representação pecuniária do seu produto e que, por isso, seria preciso cotejar a modalidade da receita auferida com o tipo de empresa que a produz para se determinar se aquela integraria o faturamento desta por conta da correlação com seus objetos sociais. Assim, extirpando-se a menção às atividades acessórias, bem como o falso pressuposto de que a atividade empresarial só poderia ter por objeto a venda de mercadorias ou prestação de serviços, ter-se-ia a correta compreensão de faturamento, ou seja, não só as receitas decorrentes da venda de mercadorias e serviços, que seria exatamente o conceito restrito de faturamento, mas também aquelas que, não decorrendo disso, proviriam de outras atividades que integrassem o objeto social da empresa.

Lacunas Constitucionais e formas de integração

Questão não menos importante são as *situações constitucionalmente relevantes não previstas*.³¹⁸

Em outros termos, pode o intérprete da Constituição se deparar com situações não reguladas pela Carta constitucional. Não podemos confundir, portanto, *lacuna constitucional* com as *omissões legislativas* na regulamentação da Constituição, a primeira ocorre quando a Constituição não prevê determinadas situações constitucionalmente relevantes, já nas **omissões inconstitucionais** tem-se norma constitucional não *auto-aplicável* que, não regulada (após decurso razoável de tempo) gera *inconstitucionalidade negativa* ou *por omissão*.

Canotilho chama de *lacuna constitucionais heterônomas* as omissões inconstitucionais, diz o constitucionalista português que as mesmas, *resultam do não cumprimento das ordens de legislar e das imposições constitucionais concretamente estabelecidas*. Já as *lacunas constitucionais autônomas*, seriam as *lacunas* propriamente ditas, caracterizadas *pela ausência, no complexo normativo-constitucional, de uma disciplina jurídica, mas passível de ser deduzida do plano regularizo da constituição e da teleologia da regulamentação constitucional*.³¹⁹

Quando se cuidar de *lacunas* será ainda necessário identificar a natureza da *lacuna*, de modo a se definir se se trata de questão

RE 400479 ED-AgR/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, 19.8.2009, (RE-400479)

³¹⁸ MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.p.457.

³¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003.p.1234/1235.

constitucional passível ou não de integração ou ainda, se cuida-se de questão infraconstitucional, não se tratando propriamente de uma *lacuna constitucional*.³²⁰

Canotilho diz que, *é necessário verificar se existe, na realidade, uma lacuna constitucional, e não espaços livres (rechtsfreie Räume) de conformação legislativa, situações em que a constituição deixa intencionalmente por regular certos domínios da realidade social, cuida-se da ideia de abertura e incompletude normativa intencional*, que deixa ao legislador a tarefa de regulação do tema a depender da evolução da sociedade, e da realidade constitucional.³²¹

Portanto, haverá *lacuna constitucional* nas hipóteses de omissões na constituição que se mostrem em desacordo com o sistema constitucional sistematicamente, axiologicamente e teleologicamente considerado.

Clèmerson Merlin Clève fala em *lacunas não ofensivas* e *lacunas ofensivas*, as primeiras são desejadas e previstas pelo legislador constituinte sem que exista qualquer violação ao sistema constitucional considerado em sua completude, levado em consideração a unidade da constituição.³²²

10.1. Espécies de omissões (ou lacunas) na Constituição

Podemos distinguir diferentes tipos de *omissões (lacunas) na Constituição*:

10.1.1. *Lacuna Descoberta ou Voluntária*

Nas *lacunas descobertas ou voluntárias* o legislador constituinte conhece a situação, que é *passível de ser deduzida do plano regulatório da*

³²⁰ Podemos citar o exemplo da revogação do §3º do artigo 192 da CRFB/88, que limitava em 12% a taxa máxima de juros ao ano, após a referida revogação, portanto, não há mais qualquer previsão na Constituição quanto ao ponto, o tema não tem mais guarida constitucional, cabe sua regulação ao legislador infraconstitucional, logo, não há que se falar em *lacuna constitucional* quanto ao tema.

³²¹ Op.cit.p.1236.

³²² CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: RT, 1995.

Maria Helena Diniz fala ainda em:

Lacuna normativa, quando não há norma regulamentadora.

Lacuna axiológica, existe norma regulamentadora que, contudo, se mostra *injusta* caso aplicada a determinada situação.

Lacuna ontológica, há norma, contudo, tendo em conta alterações fáticas, sociais, tecnológicas etc, ocorre o anciloseamento da norma.

constituição e da teleologia da regulamentação constitucional, contudo, opta por não regulá-la, por juízo político ou por *lapso* do constituinte, entendendo que não era o momento adequado ou não atentando para possíveis consequências insatisfatórias da situação não regulada. Tal lacuna, por se mostrar incongruente com o sistema constitucional, é passível de integração, pois não se cuida de mero silêncio intencional (*eloquente*), tendo em conta que gera situação de incongruência sistêmica e teleológica quando comparada a situações constitucionalmente reguladas. Cuida-se de omissão intencional que não se compatibiliza com a Constituição entendida com um documento único, íntegro e congruente, haveria, portanto, na *lacuna voluntária* uma omissão ilegítima, desarrazoada, tendo em conta que a norma positivada contempla determinadas hipóteses e deixa, de maneira injustificável, sem proteção situações similares. Tal espécie de lacuna é passível de integração, diferentemente do *silêncio eloquente*.

Embora longo se mostra importante a transcrição do voto na íntegra, vejamos:

União Estável Homoafetiva - Legitimidade Constitucional - Afeto como Valor Jurídico - Direito à Busca da Felicidade - Função Contramajoritária do STF (Transcrições) RE 477554/MG RELATOR: Min. Celso de Mello EMENTA: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF). O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA. O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE*

CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO. DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra decisão, que, proferida pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, acha-se consubstanciada em acórdão assim ementado (fls. 336): "(...) Benefício previdenciário. Direito de família inócurrenente. Possibilidade jurídica do pedido presente. Legitimidade ativa 'ad causam' patenteada. Pensão por morte de segurado. Relação homoafetiva. Ausência de lei específica. Benefício inexistente. Sentença reformada. (...) 2. Pleiteado benefício previdenciário, a matéria não é de direito de família. Logo, a competência é mesmo de vara especializada da Fazenda Pública e Autarquias. (...) 6. A Constituição da República de 1988 reconhece apenas a união heterossexual como entidade familiar. 7. Ainda que a ordem jurídica brasileira tenha evoluído quanto ao conceito de entidade familiar, tal evolução não incorporou a união homossexual ou homoafetiva. 8. A concessão do benefício previdenciário depende da edição de lei específica (...). No caso do Estado de Minas Gerais, a legislação não ampara a concessão de benefício previdenciário decorrente de relação homoafetiva. (...) 12. Sentença reformada em reexame necessário (...)." (Apelação Cível nº 1.0145.02.012887-5/001, Rel. Des. CAETANO LEVI LOPES - grifei) A parte ora recorrente insurge-se contra esse julgamento, invocando, dentre outros fundamentos constitucionais, a possibilidade de qualificar-se, como entidade familiar, a união estável homoafetiva, cujo reconhecimento — segundo ora sustentado — mostrar-se-ia plenamente compatível com o que dispõe o § 3º do art. 226 da Constituição da República. Sendo esse o contexto, passo a apreciar a postulação recursal ora em exame. E, ao fazê-lo, observo, desde logo, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em recentíssimo julgamento, ao

apreciar a ADPF 132/RJ e a ADI 4.277/DF, ambas de relatoria do eminente Ministro AYRES BRITTO, proferiu decisão em que reconheceu, como entidade familiar, a união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher, além de também haver proclamado, com idêntica eficácia vinculante, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis heteroafetivas estendem-se aos companheiros na união estável entre pessoas do mesmo sexo (Informativo/STF nº 625). Ao assim decidir a questão, o Pleno desta Suprema Corte proclamou que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Isso significa que também os homossexuais têm o direito de receber a igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigule as pessoas em razão de sua orientação sexual. Essa afirmação, mais do que simples proclamação retórica, traduz o reconhecimento, que emerge do quadro das liberdades públicas, de que o Estado não pode adotar medidas nem formular prescrições normativas que provoquem, por efeito de seu conteúdo discriminatório, a exclusão jurídica de grupos, minoritários ou não, que integram a comunhão nacional. Esta Suprema Corte, ao proferir referido julgamento, viabilizou a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade e da não discriminação, que representam fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática, tornando efetivo, assim, o princípio da igualdade, assegurando respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, conferindo primazia à dignidade da pessoa humana, rompendo paradigmas históricos, culturais e sociais e removendo obstáculos que, até então, inviabilizavam a busca da felicidade por parte de homossexuais vítimas de tratamento discriminatório. Com tal julgamento, deu-se um passo significativo contra a discriminação e contra o tratamento excludente que têm marginalizado grupos minoritários em nosso País, viabilizando-se a instauração e a consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva. Vale referir, tal como eu próprio já o fizera em decisão anterior (ADI 3.300-MC/DF), que o magistério da doutrina - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - tem revelado admirável percepção quanto ao

significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, em ordem a permitir que se extraíam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. Cabe destacar, em face do caráter seminal de que se acham impregnados, notáveis julgamentos emanados do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, consubstanciados em acórdãos assim ementados: “Relação homoerótica – União estável – Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade – Analogia – Princípios gerais do direito – Visão abrangente das entidades familiares – Regras de inclusão (...) – Inteligência dos arts. 1.723, 1.725 e 1.658 do Código Civil de 2002 – Precedentes jurisprudenciais. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas.” (Apelação Cível 70005488812, Rel. Des. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, 7ª Câmara Civil - grifei) “(...) 6. A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. 7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. 8. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. 9. A aceitação das uniões homossexuais é

um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. 10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. 11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como passível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (...), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão.” (Revista do TRF/4ª Região, vol. 57/309-348, 310, Rel. Juiz JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA - grifei) Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início da segunda década do terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em inadmissíveis fórmulas preconceituosas, vem sendo externada por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas (LUIZ EDSON FACHIN, “Direito de Família – Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro”, p. 119/127, item n. 4, 2003, Renovar; LUIZ SALEM VARELLA/IRENE INNWINKL SALEM VARELLA, “Homoerotismo no Direito Brasileiro e Universal – Parceria Civil entre Pessoas do mesmo Sexo”, 2000, Agá Juris Editora, ROGER RAUPP RIOS, “A Homossexualidade no Direito”, p. 97/128, item n. 4, 2001, Livraria do Advogado Editora – ESMAFE/RS; ANA CARLA HARMATIUK MATOS, “União entre Pessoas do mesmo Sexo: aspectos jurídicos e sociais”, p. 161/162, Del Rey, 2004; VIVIANE GIRARDI, “Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais”, Livraria do Advogado Editora, 2005; TAÍSA RIBEIRO FERNANDES, “União Homossexuais: efeitos jurídicos”, Editora Método, São Paulo; JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, “A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica”, “in” “Revista da AJURIS” n° 88, tomo I, p. 224/252, dez/2002, v.g.). Desse modo, a extensão, às uniões homoafetivas,

do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. Isso significa que a qualificação da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que presentes, quanto a ela, os mesmos requisitos inerentes à união estável constituída por pessoas de gêneros distintos (Código Civil, art. 1.723), representa o reconhecimento de que as conjugalidades homoafetivas, por repousarem a sua existência nos vínculos de solidariedade, de amor e de projetos de vida em comum, hão de merecer o integral amparo do Estado, que lhes deve dispensar, por tal razão, o mesmo tratamento atribuído às uniões estáveis heterossexuais. Impende considerar, neste ponto, o afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional, em ordem a valorizar esse novo paradigma como núcleo conformador do próprio conceito de família. Com efeito, torna-se indiscutível reconhecer que o novo paradigma, no plano das relações familiares, após o advento da Constituição Federal de 1988, para fins de estabelecimento de direitos/deveres decorrentes do vínculo familiar, consolidou-se na existência e no reconhecimento do afeto. Nesse sentido, oportuno o registro da ilustre Advogada MARIA BERENICE DIAS (*"A Homoafetividade Como Direito"*, "in" *"Novos Direitos"*, coord. Mauro Nicolau Júnior, p. 336, item n. 5, 2007, Juruá), de cuja lição extraio o seguinte fragmento: "O Direito das Famílias, ao receber o influxo do Direito Constitucional, foi alvo de uma profunda transformação. O princípio da igualdade ocasionou uma verdadeira revolução ao banir as discriminações que existiam no campo das relações familiares. Num único dispositivo, o constituinte espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Além de alargar o conceito de família para além do casamento, foi derogada toda a legislação que hierarquizava homens e mulheres, bem como a que estabelecia diferenciações entre os filhos pelo vínculo existente entre os pais. A Constituição Federal, ao outorgar a proteção à família, independentemente da celebração do casamento, vinçou um novo conceito, o de entidade familiar, albergando vínculos afetivos outros." (grifei) Cabe referir, por necessário, que esse entendimento - no sentido de que o

afeto representa um dos fundamentos mais significativos da família moderna, qualificando-se, para além de sua dimensão ética, como valor jurídico impregnado de perfil constitucional - tem o beneplácito de expressivo magistério doutrinário (RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, "Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família", p. 179/191, item n. 7, 2005, Del Rey; GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, "Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso", p. 126/130, item n. 3.2.1, 2008, Atlas; MOACIR CÉSAR PENA JUNIOR, "Direito das Pessoas e das Famílias: doutrina e jurisprudência", p. 10/12, item n. 1.5.2, 2008, Saraiva; PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI, "Manual da Homossexualidade", p. 220/221, item n. 2.5.3, 2008, Editora Método, v.g.). Também o eminente Professor (e ilustre membro do Ministério Público Federal) DANIEL SARMENTO ("Casamento e União Estável entre Pessoas do mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais", "in" "Igualdade, Diferença e Direitos Humanos", p. 643, 2008, Lumen Juris) revela igual percepção em torno dessa particular questão, reconhecendo, no afeto, enquanto valor jurídico-constitucional, um elemento fundamental (e preponderante) na esfera das relações do direito de família, inclusive no âmbito das uniões entre pessoas do mesmo sexo: "Enfim, se a nota essencial das entidades familiares no novo paradigma introduzido pela Constituição de 88 é a valorização do afeto, não há razão alguma para exclusão das parcerias homossexuais, que podem caracterizar-se pela mesma comunhão e profundidade de sentimentos presentes no casamento ou na união estável entre pessoas de sexos opostos, não existindo, portanto, qualquer justificativa legítima para a discriminação praticada contra os homossexuais." (grifei) Tenho por fundamental, ainda, na resolução do presente litígio, o reconhecimento de que assiste, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Já enfatizei, em anteriores decisões, que o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar encontra suporte legitimador em princípios fundamentais, como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade e da busca da felicidade. Assume papel relevante, nesse contexto, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que

conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo, tal como tem reconhecido a jurisprudência desta Suprema Corte, cujas decisões, no ponto, refletem, com precisão, o próprio magistério da doutrina (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Poder Constituinte e Poder Popular”, p. 146, 2000, Malheiros; RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, “Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro”, p. 106, 2006, Del Rey; INGO WOLFANG SARLET, “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988”, p. 45, 2002, Livraria dos Advogados; IMMANUEL KANT, “Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos”, 2004, Martin Claret; LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES, “O Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência”, 2002, Saraiva; LUIZ EDSON FACHIN, “Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo”, 2008, Renovar, v.g.). Reconheço que o direito à busca da felicidade – que se mostra gravemente comprometido, quando o Congresso Nacional, influenciado por correntes majoritárias, omite-se na formulação de medidas destinadas a assegurar, a grupos minoritários, a fruição de direitos fundamentais – representa derivação do princípio da dignidade da pessoa humana, qualificando-se como um dos mais significativos postulados constitucionais implícitos cujas raízes mergulham, historicamente, na própria Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776. O texto dessa Declaração, fortemente influenciado pelas idéias iluministas, precedidas, no ponto, pelo pensamento de John Locke, resultou de projeto elaborado por Comissão designada pelo Segundo Congresso Continental dos Estados Unidos da América, constituída por Thomas Jefferson, seu principal autor, John Adams, Benjamim Franklin, Robert R. Livingston e Roger Sherman, ainda que alguns autores – como RAY RAPHAEL (“Mitos sobre a Fundação dos Estados Unidos: a verdadeira história da independência norte-americana”, p. 125, traduzido por Maria Beatriz de Medina, Civilização Brasileira, 2006) – mencionem o fato de que “Jefferson estava em condições de aproveitar o trabalho de muitos outros, inclusive o de George Mason, que acabara de redigir um documento muito parecido, a Declaração de Direitos da Virgínia” (grifei). Não é por outra razão que STEPHANIE SCHWARTZ DRIVER (“A Declaração de Independência dos Estados Unidos”, p. 32/35, tradução de Mariluce Pessoa, Jorge Zahar Ed., 2006), referindo-se à

Declaração de Independência dos Estados Unidos da América como típica manifestação do Iluminismo, qualificou o direito à busca da felicidade como prerrogativa fundamental inerente a todas as pessoas: “Em uma ordem social racional, de acordo com a teoria iluminista, o governo existe para proteger o direito do homem de ir em busca da sua mais alta aspiração, que é, essencialmente, a felicidade ou o bem-estar. O homem é motivado pelo interesse próprio (sua busca da felicidade), e a sociedade/governo é uma construção social destinada a proteger cada indivíduo, permitindo a todos viver juntos de forma mutuamente benéfica.” (grifei) *A força normativa de que se acham impregnados os princípios constitucionais e a intervenção decisiva representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional exprimem aspectos de alto relevo que delineiam alguns dos elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao neoconstitucionalismo, em ordem a permitir, numa perspectiva de implementação concretizadora, a plena realização, em sua dimensão global, do próprio texto normativo da Constituição. Nesse contexto, o postulado constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o princípio da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. Registre-se, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez (ADI 3.300-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – STA 223-AgR/PE, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO, v.g.), reconheceu, no princípio constitucional (implícito) da busca da felicidade, um “importante vetor hermenêutico relativo a temas de direitos fundamentais”, como anota o ilustre Advogado SAUL TOURINHO LEAL, em precioso trabalho (“O Princípio da Busca da Felicidade como Postulado Universal”). Desnecessário referir a circunstância de que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América tem aplicado esse princípio em alguns precedentes – como *In Re Slaughter-House Cases* (83 U.S. 36, 1872), *Butchers’ Union Co. v. Crescent City Co.* (111 U.S. 746, 1884), *Yick Wo v. Hopkins* (118 U.S. 356, 1886), *Meyer v. Nebraska* (262 U.S. 390, 1923), *Pierce v. Society of Sisters* (268 U.S. 510, 1925), *Griswold v. Connecticut* (381 U.S. 479, 1965), *Loving v. Virginia* (388 U.S. 1, 1967), *Zablocki v. Redhail* (434 U.S. 374, 1978), v.g. –, nos quais esse Alto Tribunal, ao apoiar os seus “rulings” no conceito de busca da felicidade (“pursuit of happiness”), imprimiu-lhe significa-*

tiva expansão, para, a partir da exegese da cláusula consubstanciadora desse direito inalienável, estendê-lo a situações envolvendo a proteção da intimidade e a garantia dos direitos de casar-se com pessoa de outra etnia, de ter a custódia dos filhos menores, de aprender línguas estrangeiras, de casar-se novamente, de exercer atividade empresarial e de utilizar anticoncepcionais. Vale mencionar o fato de que a busca da felicidade foi também positivada, no plano normativo, nos textos da Constituição do Japão de 1947 (Artigo 13), da Constituição da República Francesa de 1958 (Preâmbulo no qual se faz remissão à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em que se contém o reconhecimento desse direito fundamental) e da recente Constituição do Reino do Butão de 2008 (Preâmbulo). Parece-me irrecusável, desse modo, considerado o objetivo fundamental da República de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (CF art. 3º, IV), que o reconhecimento do direito à busca da felicidade, enquanto idéia-força que emana, diretamente, do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, autoriza, presente o contexto em exame, o rompimento dos obstáculos que impedem a pretendida qualificação da união civil homossexual como entidade familiar. É preciso também não desconhecer, na abordagem jurisdicional do tema ora em exame, a existência dos Princípios de Yogyakarta, notadamente daqueles que reconhecem o direito de constituir família, independentemente de orientação sexual ou de identidade de gênero. Entendo que o acórdão ora recorrido não só conflita com os precedentes firmados por esta Suprema Corte, mas diverge, por igual, dos Princípios de Yogyakarta, que traduzem recomendações dirigidas aos Estados nacionais, fruto de conferência realizada, na Indonésia, em novembro de 2006, sob a coordenação da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos. Essa Carta de Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero fez consignar, em seu texto, o Princípio nº 24, cujo teor assim dispõe: “DIREITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA Toda pessoa tem o direito de constituir uma família, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. As famílias existem em diversas formas. Nenhuma família pode ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros. Os Estados deverão: a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar o direito de constituir família, inclusive pelo acesso à adoção ou procriação assistida (incluindo inseminação

de doador), sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero; b) Assegurar que leis e políticas reconheçam a diversidade de formas de família, incluindo aquelas não definidas por descendência ou casamento e tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para garantir que nenhuma família possa ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros, inclusive no que diz respeito à assistência social relacionada à família e outros benefícios públicos, emprego e imigração;

..... f) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar que qualquer obrigação, prerrogativa, privilégio ou benefício disponível para parceiros não-casados de sexo diferente esteja igualmente disponível para parceiros não-casados do mesmo sexo; (...)." (grifei) Cumpre observar, ainda, no tocante à interpretação (meramente literal) de que o § 3º do art. 226 da Constituição Federal desautorizaria a postulação recursal deduzida nesta causa, que não vislumbro, no texto normativo da Constituição, quanto ao reconhecimento da proteção estatal às uniões entre pessoas do mesmo sexo, a existência de **lacuna voluntária** ou **consciente** (NORBERTO BOBBIO, "Teoria do Ordenamento Jurídico", p. 43/145, item n. 7, 1989, UnB/Polis), de caráter axiológico, cuja constatação evidenciaria a existência de "**silêncio eloquente**" capaz de comprometer a interpretação (que tenho por absolutamente correta) no sentido de que a união estável homoafetiva qualifica-se, constitucionalmente, "como entidade familiar" (CF, art. 226, § 3º). Extremamente precisa, quanto a esse aspecto, a autorizada observação de DANIEL SARMENTO ("Casamento e União Estável entre Pessoas do mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais", "in" "Igualdade, Diferença e Direitos Humanos", p. 619/659, 649/652, 2008, Lumen Juris), cuja lição, apoiando-se em consistente interpretação sistemática e teleológica do art. 226, § 3º, da Constituição, corretamente enuncia o exato sentido da norma constitucional em referência: "Um obstáculo bastante invocado contra a possibilidade de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo é a redação do art. 226, § 3º, da Constituição, segundo o qual 'para o efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.' Os adversários da medida alegam que o preceito em questão teria barrado a possibilidade do reconhecimento da união homoafetiva no Brasil, pelo menos enquanto não fosse aprovada emenda alterando o texto constitucional. Contudo, o argu-

mento, que se apega exclusivamente na literalidade do texto, não procede. Com efeito, sabe-se que a Constituição, em que pese o seu caráter compromissório, não é apenas um amontado de normas isoladas. Pelo contrário, trata-se de um sistema aberto de princípios e regras, em que cada um dos elementos deve ser compreendido à luz dos demais. A noção de sistema traduz-se num importantíssimo princípio de hermenêutica constitucional, que é o da unidade da Constituição. (...). No sistema constitucional, existem princípios fundamentais que desempenham um valor mais destacado no sistema, compondo a sua estrutura básica. (...). No caso brasileiro, nem é preciso muito esforço exegético para identificá-los. O constituinte já tratou de fazê-lo no Título I da Carta, que se intitula exatamente 'Dos Princípios Fundamentais'. E é lá que vão ser recolhidas as cláusulas essenciais para a nossa empreitada hermenêutica: princípios da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, livre de preconceitos e discriminações, dentre outros. Estes vetores apontam firmemente no sentido de que a exegese das normas setoriais da Constituição - como o nosso § 3º do art. 226 -, deve buscar a inclusão e não a exclusão dos estigmatizados; a emancipação dos grupos vulneráveis e não a perenização do preconceito e da desigualdade. (...) Da leitura do enunciado normativo reproduzido, verifica-se que ele assegurou expressamente o reconhecimento da união estável entre homem e mulher, mas nada disse sobre a união civil dos homossexuais. Esta ausência de referência não significa, porém, silêncio eloquente da Constituição. O fato de que o texto omitiu qualquer alusão à união entre pessoas do mesmo sexo não implica, necessariamente, que a Constituição não assegure o seu reconhecimento. ...

..... Não bastasse, o elemento teleológico da interpretação constitucional também não é compatível com a leitura do art. 226, § 3º, da Constituição, segundo a qual do referido preceito decorreria, 'a contrario sensu', o banimento constitucional da união entre pessoas do mesmo sexo. Com efeito, o referido preceito foi inserido no texto constitucional no afã de proteger os companheiros das uniões não matrimonializadas, coroando um processo histórico que teve início na jurisprudência cível, e que se voltava à inclusão social e à superação do preconceito. Por isso, é um contra-senso interpretar este dispositivo constitucional, que se destina a 'inclusão', como uma cláusula de exclusão social, que tenha como efeito discriminar os homossexuais." (grifei) Cabe registrar, finalmente, que os precedentes a que me referi no início desta decisão (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF) re-

fletem, com absoluta fidelidade, a função contramajoritária que, ao Supremo Tribunal Federal, incumbe desempenhar no âmbito do Estado democrático de direito, em ordem a conferir efetiva proteção às minorias. Trata-se, na realidade, de tema que, intimamente associado ao debate constitucional suscitado nesta causa, concerne ao relevantíssimo papel que compete a esta Suprema Corte exercer no plano da jurisdição das liberdades: o de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica. Esse particular aspecto da questão põe em relevo a função contramajoritária do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, considerada a circunstância de que as pessoas que mantêm relações homoafetivas representam “parcela minoritária (...) da população”, como esclarecem dados que a Fundação IBGE coligiu no Censo/2010 e que registram a existência declarada, em nosso país, de 60.000 casais homossexuais. O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos prevalecentes na sociedade brasileira, tem se mostrado infenso, no que se refere à qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar, à necessidade de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais. Tal situação culmina por gerar um quadro de (inaceitável) submissão de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, o que compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, pois, ninguém o ignora, o regime democrático não tolera nem admite a opressão da minoria por grupos majoritários. É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório que se desenvolve no âmbito das instâncias governamentais, mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da igualdade e da liberdade, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado democrático de direito. Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos

minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão. Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de grupos minoritários, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional. Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito, havendo merecido tutela efetiva, por parte desta Suprema Corte, quando grupos majoritários, por exemplo, atuando no âmbito do Congresso Nacional, ensaiaram medidas arbitrárias destinadas a frustrar o exercício, por organizações minoritárias, de direitos assegurados pela ordem constitucional (MS 24.831/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 24.849/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 26.441/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou simplesmente formal, torna-se necessário assegurar, às minorias, notadamente em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais que a todos, sem distinção, são assegurados, pois ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República. Isso significa, portanto, numa perspectiva pluralística, em tudo compatível com os fundamentos estruturantes da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), que se impõe a organização de um sistema de efetiva proteção, especialmente no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais em favor das minorias, quaisquer que sejam, para que tais prerrogativas essenciais não se convertam em fórmula destituída de significação, o que subtrairia – consoante adverte a doutrina (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, “Fundamentos de Direito Constitucional”, p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) – o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática ao regime político vigente em nosso País. Em conclusão: o exame da presente causa evidencia que o acórdão ora questionado diverge da orientação jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou na análise da matéria em referência. Tenho por incensuráveis, por isso mesmo, as razões que,

dando suporte à postulação recursal deduzida nesta causa, buscam reformar a decisão objeto do presente recurso extraordinário. Sendo assim, em face das razões expostas, e considerando, ainda, decisão por mim proferida (RE 568.129/RN, Rel. Min. CELSO DE MELLO), conheço do presente recurso extraordinário, para dar-lhe provimento, em ordem a reconhecer a existência, no caso, de união estável homoafetiva, atribuindo-lhe a condição de entidade familiar, restabelecendo, em consequência, a sentença proferida pelo ilustre magistrado estadual de primeira instância (comarca de Juiz de Fora/MG). Publique-se. Brasília, 1º de julho de 2011. Ministro CELSO DE MELLO Relator * decisão publicada no DJe de 3.8.2011. (RE 477554)

10.1.2. Lacuna Encoberta ou Involuntária

Ocorre quando há erro de formulação (*lacuna de formulação*), descuido, e, portanto, omissão constitucional involuntária que não se compatibiliza com o sistema expressamente previsto na Constituição, por esta razão admite-se a integração constitucional como forma de suprir eventual lacuna.

Assim já decidiu o Supremo:

Em obiter dictum, advertiu que deveria ser conferida idêntica interpretação nas hipóteses a envolver tribunais do trabalho. A Min. Rosa Weber entendeu que os efeitos da ratio decidendi da emenda constitucional mencionada teriam sido objeto de debates no Plenário do Supremo, ainda que não apreciado o tema em discussão. O Min. Luiz Fux acentuou que todas as garantias constitucionais da magistratura deveriam ser estendidas à totalidade dos juízes. Explanou que estariam radicadas nos limites materiais imanentes que impossibilitariam a revisão constitucional, qual a separação de Poderes, que seria consectário da harmonia e da independência dos Poderes. Lembrou que, nos tribunais, impenderia levar adiante a promoção por merecimento para, depois, abrirem-se as demais vagas, o que estaria a estagnar vários deles. Acrescentou que apenas se os 3 concorrentes preenchessem o requisito da alínea a, hipótese excepcional e improvável, poderia haver certa discricionariedade quando da irrecusabilidade da promoção. Repudiou assertiva de que a mudança concretizada pela EC 45/2004 seria silêncio eloquente. A importância do merecimento na promoção de entrância para entrância seria maior na ascensão para o próprio tribunal, porque lá que se reveriam decisões dos juízes.

Abordou interpretação histórica pela pesquisa da exposição de motivos e inferiu inexistir vontade de exclusão da regra e de superprestigiar o Executivo, aliás, o que o transformaria em instância hegemônica e divergiria do sentimento constitucional. O Min. Dias Toffoli discorreu a respeito de equívoco na lógica de interpretação apresentada pela Casa Civil que, ao afastar o art. 93, II, levaria à compreensão de não caber ao Presidente da República analisar uma lista e, sim, ao tribunal regional. A Min. Cármen Lúcia delineou que a Seção I, do Capítulo III (“Do Poder Judiciário”), conteria rigorosamente o estatuto constitucional da magistratura. MS 30585/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 29.6.2012. (MS-30585)

10.1.3. Silêncio Eloquentemente

No *silêncio eloquente* o legislador constituinte, de forma consciente, não regula determinadas situações com a intenção de não conferir às mesmas tratamento constitucional dado a outras situações similares, constitucionalmente previstas. Nos casos de *silêncio eloquente* não se pode ampliar a aplicação de normas constitucionais que regulam situações similares à situação não regulada, tendo em conta não ser a *lacuna* incompatível com o sistema constitucional.

Diz Gilmar Mendes que, *nessas hipóteses, a situação não foi inserida pelo constituinte no âmbito de certa regulação, porque o constituinte não quis atribuir ao caso a mesma consequência que a liga a situações similares, constitucionalmente previstas.*³²³

Podemos citar o artigo 86, *caput*, e artigo 102, inciso I, alínea b’, combinado com artigo 51, inciso I, todos da CRFB/88, que estabelece a necessidade de autorização prévia da Câmara dos Deputados para que se possa instaurar processo contra o Presidente da República por crime comum. Não havendo qualquer previsão constitucional quanto à necessidade de autorização para se instaurar processo no STJ contra Governadores por crime comum.³²⁴

³²³ MENDES. Curso de Direito Constitucional. 9ªed. São Paulo: Saraiva, 2014.p.88/89.

³²⁴ — Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

I - autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado;

— Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

Manifestação do STF:

O Plenário iniciou julgamento de ação direta proposta contra o art. 92, § 1º, I, da Constituição do Estado de Minas Gerais, que dispõe que o governador será submetido a processo e julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ) nos crimes comuns e será suspenso de suas funções, na hipótese desses crimes, se recebida a denúncia ou a queixa pelo STJ. O ministro Edson Fachin (relator) reconheceu a presença dos requisitos de cognoscibilidade da ação. Quanto ao mérito, deu parcial procedência ao pedido para dar interpretação conforme à Constituição Federal ao art. 92, § 1º, I, da Constituição do Estado de Minas Gerais para consignar que não há necessidade de autorização prévia da Assembleia Legislativa para o processamento e julgamento do governador por crime comum perante o STJ. O relator ainda julgou improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade da expressão “ou queixa”, contida no mencionado dispositivo. O relator afirmou a necessidade de superar os precedentes da Corte na dimensão de uma redenção republicana, cumprindo a promessa estampada no art. 1º, “caput”, da CF diante dos reiterados e vergonhosos casos de negligência deliberada pelas assembleias legislativas estaduais, que têm sistematicamente se negado a deferir o processamento de governadores. Asseverou ser refutável a referida autorização prévia em razão de: a) ausência de previsão expressa e inexistência de simetria; b) ofensa ao princípio republicano (art. 1º, “caput”, CF); c) ofensa à separação de Poderes (art. 2º, “caput”, CF) e à competência privativa da União (art. 22, I, CF); e d) ofensa à igualdade (art. 5º, “caput”, CF). O relator esclareceu não haver na CF previsão expressa da exigência de autorização prévia de assembleia legislativa para o processamento e julgamento de governador

— Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

— Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

por crimes comuns perante o STJ. Dessa forma, ausente o fundamento normativo-constitucional expresso que faculte aos Estados-Membros possuírem em suas Constituições estaduais essa exigência. Não haveria, também, simetria a ser observada pelos Estados-Membros. Considerou, no ponto, que, se o princípio democrático que constitui nossa República (CF, art. 1º, “caput”) se fundamenta e se concretiza no respeito ao voto popular e à eleição direta dos representantes do povo, qualquer previsão de afastamento do presidente da República é medida excepcional e, como tal, é sempre prevista de forma expressa e taxativa, não se podendo inferir exceções. O afastamento do presidente da República é medida excepcional, e, no caso de crime comum, seu processamento e julgamento deverá ser precedido de autorização da Câmara dos Deputados (CF, arts. 51, I; e 86, “caput” e § 1º, I). Essa exigência foi expressamente prevista apenas para presidente da República, vice-presidente e ministros de Estado, e para mais nenhum outro cargo público. E assim o foi em razão das características e competências que moldam e constituem o cargo de presidente da República, mas que não se verificam no cargo de governador. Diante disso, o que se verifica é, portanto, a extensão indevida de uma previsão excepcional válida para o presidente da República, porém inexistente e inaplicável ao governador. Sendo a exceção prevista de forma expressa, não pode ser trasladada como se fosse regra ou como se estivesse cumprindo a suposta exigência de simetria para governador. As eventuais previsões em Constituições estaduais são, a despeito de se fundamentarem em suposto respeito ao texto constitucional, ofensa e usurpação das regras constitucionais. Segundo o relator, afastado o argumento de suposta obediência à simetria, a exigência de autorização prévia de assembleia legislativa para processamento e julgamento de governador por crime comum perante o STJ traz como consequência o congelamento de qualquer tentativa de apuração judicial das eventuais responsabilizações dos governadores por cometimento de crime comum. Essa previsão afronta a responsividade exigida dos gestores públicos, o que viola o princípio republicano que erige nosso Estado. A exigência de autorização prévia de assembleia estadual para o processamento e julgamento de governador por crime comum perante o STJ viola, ainda, a separação de Poderes, visto que estabelece uma condição não prevista pela Constituição para o exercício da jurisdição pelo Poder Judiciário. Ou seja, o STJ fica impedido de exercer suas competências e funções até que se proceda à autorização prévia do Poder Legislativo estadual. Esse tipo de restrição ao exercício da jurisdição é sempre excepcional e deve estar expresso na Constituição Federal.

Além disso, a previsão do estabelecimento de condição de procedibilidade para o exercício da jurisdição penal pelo STJ consiste em norma processual, matéria de competência privativa da União (CF, art. 22, I), portanto impossível de ser prevista pelas Constituições estaduais. O relator afirmou que estabelecer essa condição de procedibilidade equivale a alçar um sujeito à condição de desigual, supostamente superior por ocupar relevante cargo de representação, posição, no entanto, que deveria ser antes de tudo a de servidor público. A autorização prévia de assembleias estaduais para o processamento e julgamento de governador por crime comum perante o STJ é, portanto, afronta cristalina à cláusula geral de igualdade estabelecida na Constituição. Destacou que a Emenda Constitucional 35/2001 alterou a redação do art. 53, § 1º, CF e aboliu a exigência de autorização prévia das casas legislativas para o processamento e julgamento de deputados federais e estaduais. O mesmo entendimento de valorização da igualdade e “accountability” dos representantes do povo deve ser seguido em relação aos governadores, abandonando-se as exigências prévias que consubstanciam privilégios e restrições não autorizados pela Constituição. Por fim, aduziu inexistir inconstitucionalidade na expressão “ou queixa”, por considerá-la consentânea com o disposto no art. 105, I, “a”, da CF. Explicou que a Constituição não fez nenhuma distinção ao se referir a “crimes comuns”, ou seja, não fez diferenciação entre crimes de ação penal pública ou crimes de ação penal privada. Da mesma forma, a Constituição do Estado de Minas Gerais previu o afastamento do governador no caso de recebimento de denúncia ou queixa. O ministro Roberto Barroso acompanhou o voto do relator na parte em que considera inconstitucional a exigência de autorização prévia de assembleia legislativa para instauração de ação penal contra o governador, por violação ao princípio republicano e ao princípio da separação de Poderes, na medida em que condiciona a atuação do Poder Judiciário a um ato e vontade política de outro Poder, sem previsão constitucional. Por outro lado, reputou indispensável enfrentar a questão da legitimidade da previsão do afastamento automático do governador após o recebimento da denúncia, por ser consequência natural e necessária do pedido de interpretação conforme acolhido. Nesse ponto, entendeu ser incompatível com a Constituição afastar-se automaticamente um agente público eleito, pelo simples recebimento da denúncia. Se não há um juízo prévio, o simples recebimento da denúncia não pode importar no afastamento automático de governador. Isso violaria o princípio democrático, porque o mandatário, eleito por voto popular, seria suspenso do cargo pelo simples recebimento de uma denúncia

que, em rigor, não precisa sequer ser fundamentada. Ponderou, entretanto, que o afastamento poderia decorrer de decisão fundamentada que demonstrasse, por exemplo, que, no cargo, atrapalharia a investigação ou produziria qualquer outra conduta incompatível com o bom andamento do processo. Em suma, julgou procedente, em parte, o pedido para interpretar a Constituição do Estado de Minas Gerais conforme à Constituição Federal, para afirmar não ser legítima a exigência de autorização prévia para a instauração de ação penal contra o governador e para declarar a inconstitucionalidade integral do inciso I do § 1º do art. 92 da Constituição estadual mineira. O ministro Marco Aurélio adiantou o voto e julgou improcedentes os pedidos formulados, deixando consignada sua compreensão sobre a impossibilidade de ter-se em Carta estadual a previsão de licença para governador ser processado. Entendeu não ser possível cogitar de interpretação conforme, haja vista esta implicar a declaração de inconstitucionalidade do preceito no que viabilize um certo enfoque. Asseverou que, no caso, o art. 92 não viabiliza duplo enfoque, porque não versa, em si, nada sobre a licença, consubstanciando silêncio eloquente. Ressaltou, ademais, não se poder transmutar a ação direta de inconstitucionalidade em ação declaratória de constitucionalidade. Em seguida, o julgamento foi suspenso com o pedido de vista do ministro Teori Zavascki. ADI 5540/MG, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 14.12.2016. (ADI-5540)

Ainda com o Supremo Tribunal Federal:

Conflito de competência. Litígio entre sindicato de empregados e empregadores sobre o recolhimento de contribuição estipulada em convenção ou acordo coletivo de trabalho. Interpretação do artigo 114 da Constituição Federal. - Distinção entre lacuna da lei e “silêncio eloquente” desta. - Ao não se referir o artigo 114 da Constituição, em sua parte final, aos litígios que tenham origem em convenções ou acordos coletivos, utilizou-se ele do “silêncio eloquente”, pois essa hipótese já estava alcançada pela previsão anterior do mesmo artigo, ao facultar a lei ordinária estender, ou não, a competência da Justiça do Trabalho a outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, ainda que indiretamente. Em consequência, e não havendo lei que atribua competência a Justiça Trabalhista para julgar relações jurídicas como a sob exame, e competente para julgá-la a Justiça Comum. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 135637)

10.2. Formas de Integração

Quando tivermos *lacuna constitucional* passível de integração os meios adequados para tanto são: *analogia constitucional*, *interpretação extensiva analógica*, *costume constitucional*³²⁵ e *princípios fundamentais gerais de direito (constitucional)*.

³²⁵ Informativo 839 do STF: O Plenário retomou julgamento de ação direta de inconstitucionalidade (ADI) ajuizada em face do Decreto 2.100/1996. Por meio dessa norma, o presidente da República tornara pública a denúncia, pelo Brasil, da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), relativa ao término da relação de trabalho por iniciativa do empregador — v. Informativos 323, 421, 549 e 807. Em voto-vista, o ministro Teori Zavascki julgou improcedente o pedido formulado. Entendeu, contudo, que a denúncia de tratados internacionais pelo presidente da República dependeria de autorização do Congresso Nacional. Propôs, então, que se outorgasse eficácia apenas prospectiva. Assim, seriam preservados, dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o decreto atacado — o que ensejaria juízo de improcedência do pedido formulado na ADI — e os demais atos de denúncia isoladamente praticados pelo presidente da República até a data da publicação da ata de julgamento da referida ação. O relator afirmou ser indiscutível que o Poder Executivo ocupa posição de destaque na geometria institucional das relações exteriores. Afinal, esse Poder é responsável pela representação do País na comunidade internacional e está à frente das atividades de chancelaria (CF/1988, art. 84, VII), especialmente daquelas que envolvem a celebração de tratados internacionais, que, pela sua relevância, teriam ganhado fundamento constitucional próprio (CF/1988, art. 84, VIII). No entanto, o protagonismo do presidente da República na promoção das relações exteriores não o transformaria numa espécie de autoridade desconstitutiva especial. Tampouco o capacitaria a revogar, a qualquer tempo, e apenas pela manifestação de sua vontade individual, ato normativo que tivesse sido incorporado ao direito interno, com alcance geral e abstrato, em decorrência da celebração de tratado internacional. Segundo consignou o relator, o modo sucinto pelo qual a Constituição Federal verbaliza a distribuição de poderes nas relações internacionais brasileiras não traduziria silêncio eloquente, capaz de superficializar a missão do Legislativo no tema. Também não cassaria a palavra do Poder legiferante quanto a deliberações estatais submetidas à regra geral da legalidade. Portanto, nem o laconismo das disposições constitucionais, nem a previsão específica de denúncia nos instrumentos internacionais poderiam conduzir a erosão das competências exclusivas do Poder Legislativo. A declaração da vontade do Estado brasileiro no plano externo — mediante assinatura de acordos, entrega de notas de ratificação ou exercício de denúncia — está compreendida nas competências próprias do presidente da República e só por ele podem ser exercidas. No entanto, quando a denúncia puder acarretar transformação da realidade normativa já acomodada no direito interno, o presidente da República só poderia proceder mediante autorização do Congresso Nacional, sob pena de sacrifício do postulado da legalidade. Fixadas essas premissas, seria desnecessário, para a solução do caso concreto, fazer qualquer juízo sobre a eficácia das disposições veiculadas pela Convenção 158 da OIT ou sobre a natureza dos padrões jurídicos por ela trazidos. Ficaria dispensada, também, qualquer avaliação a respeito de a mencionada convenção ser ou não um

A integração deve se pautar pela coerência e integridade do sistema constitucional, pela busca de um sistema constitucional coeso, evitando as chamadas lacunas ilegítimas, sem, contudo, usurpar o espaço legítimo de conformação legislativa.

Exemplo de analogia constitucional na jurisprudência do Supremo:

Por sua vez, os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso, Presidente, embora reputando as pretensões precedentes, assentavam a existência de lacuna normativa sobre a questão. O primeiro enfatizou que a relação homoafetiva não configuraria união estável — que impõe gêneros diferentes —, mas forma distinta de entidade familiar, não prevista no rol exemplificativo do art. 226 da CF. Assim, considerou cabível o mecanismo da integração analógica para que sejam aplicadas às uniões homoafetivas as prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais, excluídas aquelas que exijam a diversidade de sexo para o seu exercício, até que o Congresso Nacional lhe dê tratamento legislativo. O segundo se limitou a reconhecer a existência dessa união por aplicação analógica ou, na falta de outra possibilidade, por interpretação extensiva da cláusula constante do texto constitucional (CF, art. 226, § 3º), sem se pronunciar sobre outros desdobramentos. Ao salientar que a idéia de opção sexual estaria contemplada no exercício do direito de liberdade (autodesenvolvimento da personalidade), acenou que

tratado de direitos humanos. Bastaria considerar que a Convenção 158 da OIT e o Decreto 1.855/1996, que a promulgou internamente, instituiriam obrigações para o Poder Legislativo. Esse fator já demonstraria a impossibilidade de que tais normas fossem desconstituídas sem a expressa aquiescência do parlamento. Todavia, caberia reconhecer a longevidade de um contexto institucional, até agora prevalente no País, que se beneficiaria de certa indiferença dos demais Poderes constituídos em relação a episódios de extroversão presidencial. Ressalte-se, nesse sentido, a existência de ao menos quatorze convenções da OIT já denunciadas desde 1934. Ainda que não se pudesse identificar **costume constitucional** nessa conjuntura, seria inevitável perceber a existência de prática suficientemente projetada e consolidada no tempo. Em situações como essas, o STF, diante da necessidade de resguardar a segurança jurídica, acionaria a cláusula de modulação de efeitos prevista do art. 27 da Lei 9.868/1999, de maneira a diferir as consequências executivas de suas decisões. No caso, portanto, haveria que se proceder à modulação temporal dos efeitos da decisão eventualmente tomada. Desse modo, a prudência de chancelar atos praticados segundo o centenário entendimento em outro sentido levaria ao julgamento de improcedência do pedido formulado na ação direta em comento. Em seguida, pediu vista dos autos o ministro Dias Toffoli. ADI 1.625/DF, rel. min. Maurício Corrêa, julgamento em 14-9-2016. REPERCUSSÃO GERAL

a ausência de modelo institucional que permitisse a proteção dos direitos fundamentais em apreço contribuiria para a discriminação. No ponto, ressaltou que a omissão da Corte poderia representar agravamento no quadro de desproteção das minorias, as quais estariam tendo seus direitos lesionados. O Presidente aludiu que a aplicação da analogia decorreria da similitude factual entre a união estável e a homoafetiva, contudo, não incidiriam todas as normas concernentes àquela entidade, porque não se trataria de equiparação. Evidenciou, ainda, que a presente decisão concitaria a manifestação do Poder Legislativo. Por fim, o Plenário autorizou que os Ministros decidam monocraticamente os casos idênticos

ADI 4277/DF, rel. Min. Ayres Britto, 4 e 5.5.2011. (ADI-4277)

ADPF 132/RJ, rel. Min. Ayres Britto, 4 e 5.5.2011. (ADPF-132)

10.2.1. O Costume Constitucional e a Constituição Formal, Codificada e Escrita

Importa, primeiramente, definir o sentido de constituição escrita, codificada e formal.

10.2.1.1. Constituição Formal

É aquela fruto da manifestação de um *Poder Soberano* (*Poder Constituinte Originário*), de forma intencional e, dirigida especificamente à elaboração de uma constituição, unificada em um único texto escrito, dotada de supremacia em relação a todas as demais normas do respectivo ordenamento jurídico (supralegalidade) e dotada de força normativa própria.³²⁶

³²⁶ Jorge Miranda, a nosso ver acertadamente, adverte que a **Constituição** será **formal** independentemente de haver *processo especial para sua modificação*. (Op.cit.p. 44) O critério quanto ao *procedimento de alteração* ou *estabilidade* comporta outras espécies, conforme a doutrina, *imutável, rígida, flexível, semirrígida, silenciosa, em branco, transitoriamente imutável, transitoriamente flexível*.

Aponta o constitucionalista português, três características das Constituições formais: Intencionalidade na formação;

Consideração sistemática;

Força jurídica própria.

Bernardo Gonçalves acrescenta à *constituição formal* a característica de, em suas palavras, *só poderem ser modificadas por procedimentos especiais que ela no seu corpo prevê, na medida em que normas ordinárias não a modificam, (...)*. Portanto, a *Constituição formal, sem dúvida, quanto à estabilidade será rígida*. (Op.cit.p. 38). Nesse sentido, também, Dirley da Cunha Jr. Op.cit.p.105.

10.2.1.2. Constituição Codificada

É aquela estruturada em um único texto, sistematizada sob a forma de *código*, em um único documento, portanto.

10.2.1.3. Constituição Escrita

É aquela elaborada em um único documento, em evento único, via *processo constituinte próprio*, de forma direta, por um poder, ou indiretamente, por assembleia constituinte ou convenção.

Nota-se aproximação entre as espécies vistas, muitos tratam, praticamente, como sinônimos.³²⁷

Jorge Miranda aponta o problema da aceitação dos *costumes constitucionais* afirmando que, em Constituições formais a vontade popular se manifestaria em um evento específico, por procedimento próprio, elaborando uma Constituição, por vontade soberana, através da edição de um documento único, formado apenas pelas normas positivadas no texto constitucional, dotado de supremacia. Portanto, a ideia de incorporação dos *costumes constitucionais* enfraqueceria a força normativa do texto constitucional e, quiçá, a própria ideia de soberania (nesse sentido: Carré de Malberg e Burdeau).³²⁸

Miranda afasta, por evidência, a hipótese de *costume negativo absoluto*, que acarretaria a inefetividade da Constituição, o que faria cessar a vigência da Constituição por *desuso*.

O *costume constitucional negativo*, poderá, contudo, alcançar normas constitucionais específicas, podendo gerar a mutação constitucional de dispositivos constitucionais.

Outra hipótese inadmissível seria o *costume contra Constitutionem*, em outros termos, costume que contrarie a Constituição, ou o sistema constitucional.

Quando se tratar de *costume contra norma constitucional de conteúdo material será inadmissível*, não se pode admitir que por *costume* se reduza o alcance de direitos constitucionais, reduzindo sua efetividade e enfraquecendo a normatividade da Constituição; mesmo raciocínio, quanto à força normativa da constituição, é aplicável quando o *costume* confortar com norma constitucional “apenas” formal, nesse caso, a supremacia e

³²⁷ — Constituição formal é sempre rígida (Gonçalves, p.38).

— Constituição escrita é codificada e formal (Dirley da Cunha Jr, p.105.).

³²⁸ Op.cit.p.380.

rigidez constitucional impõe tal conclusão, pois condicionam também o processo político, e a própria organização do Estado e de seus Poderes, também às normas “apenas formalmente” constitucionais.

Seria paradoxal ser vedado eliminação de cláusula pétrea por emenda (diretamente, por mudança formal na Constituição) e, por costume se eliminasse (indiretamente, sem mudança formal na Constituição) matéria expressamente protegida.³²⁹

Poderá, contudo, *costume constitucional* ser utilizado em caso de incompletude constitucional, ou quando a norma constitucional comportar mais de um sentido possível, porém, nunca contra a Constituição, que deve ser entendida como unidade normativa e axiológica, compreendida de forma coesa, tendo em conta a integridade de seus princípios e valores.³³⁰

³²⁹ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

³³⁰ O STF chegou a editar súmula vinculante confirmando o *costume constitucional*, que tinha como prática política já incorporada, a possibilidade de sucessivas reedições dos antigos decretos-lei e posteriormente das medidas provisórias, o que não confrontava com o sistema constitucional positivado vigente. Posteriormente foi editada emenda (nº32) mudando o referido *costume constitucional*, restringindo a uma única reedição.

Vejamos a referida súmula:

SÚMULA VINCULANTE 54 *A medida provisória não apreciada pelo congresso nacional podia, até a Emenda Constitucional 32/2001, ser reeditada dentro do seu prazo de eficácia de trinta dias, mantidos os efeitos de lei desde a primeira edição.*

Procedimento Formal de Reforma e a Mutação Constitucional (Verfassungswandlung)³³¹

11.1. Procedimento Formal de Reforma

11.1.1. Limites à Reforma Constitucional

A Constituição estabelece limites à sua reforma, procedimentos formais, como meio de garantir sua “estabilidade e conservação contra alterações aniquiladoras do seu núcleo essencial”. Meios de manter sua estrutura fundamental protegida.

A doutrina costuma se referir às seguintes limitações expressas: *formais, temporais, circunstanciais e materiais*.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, estabelece, por sua vez, as seguintes limitações ao poder de reforma: 11.1.1.1 *formais*; 11.1.1.2 *circunstanciais*; 11.1.1.3 *materiais* (explícitas e implícitas) e 11.1.1.4 *temporais*.

11.1.1.1. Limitações Formais³³²

³³¹ O termo é atribuído a Paul Laband (1895) e posteriormente desenvolvido por Georg Jellinek.

No Brasil temos a obra pioneira de Anna Cândida da Cunha Ferraz: *Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais* (1986).

³³² Vejamos algumas decisões do STF quanto ao limites formais previstos nos §§ 2º, 3º e 5º, do artigo 60 da CRFB/88:

§2º: A CF de 1988 não fixou um intervalo temporal mínimo entre os dois turnos de votação para fins de aprovação de emendas à Constituição (CF, art. 60, § 2º), de sorte que inexistente parâmetro objetivo que oriente o exame judicial do grau de solidez da vontade política de reformar a Lei Maior. A interferência judicial no âmago do processo político, verdadeiro *locus* da atuação típica dos agentes do Poder

As limitações formais dizem respeito às regras que a própria Constituição impõe sobre o procedimento (art. 60, § 2º, 3º e 5º da CRFB/1988 e art. 3º do ADCT) e iniciativa (art. 60, incisos I, II e III da CRFB/1988) para se reformar o texto constitucional.

José Afonso da Silva se pronuncia nos seguintes termos:³³³

Esse tipo de regramento da atuação do poder de reforma configura *limitações formais*, que podem ser assim sinteticamente enunciadas: o órgão do poder de reforma (ou seja, o Congresso Nacional) há de proceder nos estritos termos expressamente estatuídos na Constituição.

11.1.1.2. *Limitações Circunstanciais*

No caso das limitações circunstanciais, entendeu o constituinte que, em casos de grave conturbação social, política ou institucional, seria temerária a possibilidade de se reformar a constituição, tendo em vista ser “presumível estarem sob coação, ou violenta emoção, os membros do órgão revisor”. A reforma constitucional exige serenidade, equilíbrio, a fim de que a produção constitucional derive do bom senso e de apurada reflexão.

As constituições contêm, normalmente, limitações circunstanciais, que consistem em normas permanentes, aplicáveis a conjunturas anormais ou especiais, em que possa estar ameaçada a livre manifestação do órgão responsável pela reforma constitucional.

Legislativo, tem de gozar de lastro forte e categórico no que prevê o texto da CF. **ADI 4.425**, rel. p/ o ac. min. Luiz Fux, j. 14-3-2013, P, *DJE* de 19-12-2013.

Não precisa ser reapreciada pela Câmara dos Deputados expressão suprimida pelo Senado Federal em texto de projeto que, na redação remanescente, aprovada de ambas as Casas do Congresso, não perdeu sentido normativo.

ADI 3.367, rel. min. Cezar Peluso, j. 13-4-2005, P, *DJ* de 22-9-2006.

§5º: Não ocorre contrariedade ao § 5º do art. 60 da Constituição na medida em que o presidente da Câmara dos Deputados, autoridade coatora, aplica dispositivo regimental adequado e declara prejudicada a proposição que tiver substitutivo aprovado, e não rejeitado, ressalvados os destaques (art. 163, V). É de ver-se, pois, que tendo a Câmara dos Deputados apenas rejeitado o substitutivo, e não o projeto que veio por mensagem do Poder Executivo, não se cuida de aplicar a norma do art. 60, § 5º, da Constituição. Por isso mesmo, afastada a rejeição do substitutivo, nada impede que se prossiga na votação do projeto originário. O que não pode ser votado na mesma sessão legislativa é a emenda rejeitada ou havida por prejudicada, e não o substitutivo que é uma subespécie do projeto originariamente proposto. **MS 22.503**, rel. min. Marco Aurélio, j. 8-5-1996, P, *DJ* de 6-6-1997.

³³³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.65.

Tendo em vista os argumentos apresentados, nosso constituinte estabeleceu no § 1º do art. 60 da CRFB/1988 determinadas circunstâncias que impedem, durante a sua vigência, a reforma da constituição. São elas: intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio.³³⁴

Vejamos exemplo recente de Intervenção Federal, que, consequentemente impede a reforma da CRFB/88:

DECRETO Nº 9.288, DE 16 DE FEVEREIRO DE 2018

Decreta intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro com o objetivo de pôr termo ao grave comprometimento da ordem pública.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, caput, inciso X, da Constituição,

DECRETA:

Art. 1º Fica decretada intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro até 31 de dezembro de 2018.

§ 1º A intervenção de que trata o caput se limita à área de segurança pública, conforme o disposto no Capítulo III do Título V da Constituição e no Título V da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

§ 2º O objetivo da intervenção é pôr termo a grave comprometimento da ordem pública no Estado do Rio de Janeiro.

Art. 2º Fica nomeado para o cargo de Interventor o General de Exército Walter Souza Braga Netto.

Parágrafo único. O cargo de Interventor é de natureza militar.

Art. 3º As atribuições do Interventor são aquelas previstas no art. 145 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro necessárias às ações de segurança pública, previstas no Título V da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

§ 1º O Interventor fica subordinado ao Presidente da República e não está sujeito às normas estaduais que conflitem com as medidas necessárias à execução da intervenção.

³³⁴ Pensamos que devem ser sobrestados os procedimentos de reforma já instaurados, e, não iniciados novos procedimentos; não se impede contudo, a nosso ver, a promulgação e publicação de emenda, aprovada (discutida e votada) antes das circunstâncias impeditivas, tendo em conta que promulgação e publicação não são atos discricionários, são etapas formais meramente complementares do processo de emenda.

O Poder Legislativo, ao seu turno, tem entendido que a vedação alcança apenas as deliberações e votações plenárias, não impedindo, por exemplo, o prosseguimento do procedimento no âmbito das comissões.

§ 2º O Interventor poderá requisitar, se necessário, os recursos financeiros, tecnológicos, estruturais e humanos do Estado do Rio de Janeiro afetos ao objeto e necessários à consecução do objetivo da intervenção.

§ 3º O Interventor poderá requisitar a quaisquer órgãos, civis e militares, da administração pública federal, os meios necessários para consecução do objetivo da intervenção.

§ 4º As atribuições previstas no art. 145 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que não tiverem relação direta ou indireta com a segurança pública permanecerão sob a titularidade do Governador do Estado do Rio de Janeiro.

§ 5º O Interventor, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, exercerá o controle operacional de todos os órgãos estaduais de segurança pública previstos no art. 144 da Constituição e no Título V da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Art. 4º Poderão ser requisitados, durante o período da intervenção, os bens, serviços e servidores afetos às áreas da Secretaria de Estado de Segurança do Estado do Rio de Janeiro, da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro e do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de Janeiro, para emprego nas ações de segurança pública determinadas pelo Interventor.

Art. 5º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 16 de fevereiro de 2018; 197º da Independência e 130º da República.

MICHEL TEMER

11.1.1.3. Limitações Materiais

As limitações materiais, ao seu turno, dizem respeito ao conteúdo, às matérias que não podem ser objeto de reforma tendentes a abolir os referidos temas, são as chamadas cláusulas pétreas ou cláusulas de barreira.

Essas limitações podem ser (a) expressas (explícitas) ou (b) implícitas (inerentes), conforme veremos.

11.1.1.3.1. Limitações Materiais Expressas (Explícitas)³³⁵

³³⁵ O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo

As limitações expressas são referentes àquelas matérias que o constituinte originário de forma explícita excluiu de qualquer possibilidade de reforma eliminadora do núcleo base, por outras palavras, determinadas matérias não podem ser excluídas da Constituição pelo poder reformador (poder constituinte derivado reformador). Essas limitações são encontradas no § 4º do art. 60 da CRFB/1988 (no Direito Constitucional Alemão essas limitações se encontram no art. 79, III da Lei Fundamental, por exemplo). Referido dispositivo veda, inclusive, a deliberação de proposta de emenda que indiretamente, remotamente ou por consequência tenda a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

11.1.1.3.2. Limitações Materiais Implícitas³³⁶

As limitações materiais implícitas decorrem de interpretação sistemática e teleológica da Constituição e, nascem da necessidade de se impedir a chamada técnica da dupla reforma (ou dupla revisão), que consiste, como nos ensina o sempre lembrado Canotilho, em que, “num primeiro momento, a revisão incidiria sobre as próprias normas de revisão, eliminando ou alterando esses limites; num segundo momento, a revisão far-se-ia de acordo com as leis constitucionais que alteraram as normas de revisão”. Através dessa técnica, conclui o constitucionalista

temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. As **limitações materiais explícitas**, definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade.

ADI 466, rel. min. Celso de Mello, j. 3-4-1991, P, DJ de 10-5-1991.

As mudanças na Constituição, decorrentes da “revisão” do art. 3º do ADCT, estão sujeitas ao controle judicial, diante das “cláusulas pétreas” consignadas no art. 60, § 4º e seus incisos, da Lei Magna de 1988.

ADI 981 MC, rel. min. Néri da Silveira, j. 17-12-1994, P, DJ de 5-8-1994.]

³³⁶ Com relação a emendas constitucionais, o parâmetro de aferição de sua constitucionalidade é estreitíssimo, adstrito às **limitações materiais, explícitas ou implícitas**, que a Constituição imponha indubitavelmente ao mais eminente dos poderes instituídos, qual seja o órgão de sua própria reforma. Nem da interpretação mais generosa das chamadas “cláusulas pétreas” poderia resultar que um juízo de eventuais inconveniências se convertesse em declaração de inconstitucionalidade da emenda constitucional que submeta certa vantagem funcional ao teto constitucional de vencimentos.

MS 24.875, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 11-5-2006, P, DJ de 6-10-2006.

português que, “as disposições consideradas intangíveis pela constituição adquiririam um caráter mutável, em virtude da eliminação da cláusula de intangibilidade operada pela revisão constitucional”.³³⁷

Ainda com apoio no mestre português, “a supressão dos limites de *revisão através da revisão* pode ser um sério indício de *fraude à Constituição (fraude à la Constitution, Verfassungsbeseitigung)*”, seria o Poder Constituinte Derivado Reformador alterando a essência da obra do Constituinte Originário (PCO).³³⁸

Lenio Streck não se aparta dessa doutrina, quando esclarece que:³³⁹

Os limites implícitos decorrem do núcleo político da Constituição, das conexões de sentido da Constituição entendida a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito. A materialidade da Constituição, compreendida a partir de sua principiologia, em que o núcleo essencial está assentado nos direitos fundamentais, na noção de Estado Social e na democracia, assim como a obrigação do cumprimento das promessas da modernidade, será o limite material/implícito do poder de reforma constitucional.

[...] Não fosse assim, o poder de reforma seria ilimitado, conspurcando-se o processo constituinte originário e a noção de Constituição enquanto explicitação da vontade originária constante do pacto fundante.

Podemos apontar as seguintes limitações implícitas:³⁴⁰

³³⁷ Canotilho. Op. cit. p. 1067.

³³⁸ *Ibidem.* p. 1068.

³³⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.705/706.

³⁴⁰ É muito difícil indicar, a priori, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. (...) não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição (...) É fácil ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a ideia de unidade da Constituição (...) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. Tal tendência não exclui a possibilidade de um “engessamento” da ordem constitucional, obstando à introdução de qualquer mudança de maior significado (...). Daí afirmar-se, correntemente, que tais cláusulas hão de ser interpretadas de forma restritiva. Essa afirmação simplista, ao invés de solver o problema, pode agravá-lo, pois a tendência detectada atua no sentido não de uma interpretação restritiva das cláusulas pétreas, mas de uma interpretação restritiva dos próprios princípios por elas protegidos. Essa via, em lugar de permitir fortalecimento dos princípios constitucionais contemplados nas “garantias de eternidade”, como pretendido pelo constituinte, acarreta, efetivamente, seu enfraquecimento. Assim, parece recomendável que

- Proibição de se suprimir o próprio artigo que expressamente impõe aquelas vedações, ou seja, vedação implícita à reforma (eliminação) do próprio § 4º do art. 60 da CRFB/1988.
- É também vedado alterar o próprio procedimento estabelecido para reforma da constituição, pois, estaria o constituinte derivado modificando o critério de rigidez estabelecido pelo constituinte originário. Logo, é proibido (implicitamente) reforma do procedimento estabelecido para emendas à Constituição (art. 60, §§ 2º, 3º e 5º, da CRFB/1988). Lembrando que o Poder Constituinte Derivado Reformador é um *poder condicionado*.³⁴¹
- É vedado, também, reformas concernentes à alteração do titular do poder constituinte originário, pois, uma reforma constitucional não pode mudar o titular do poder que cria o próprio poder reformador.
- Por consequência estaria também vedado alterar o próprio titular(es) do poder constituinte derivado, pois seria desarrazoado

*eventual interpretação restritiva se refira à própria garantia de eternidade sem afetar os princípios por ela protegidos (...). (...) Essas assertivas têm a virtude de demonstrar que o efetivo conteúdo das “garantias de eternidade” somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana. (...) Ao se deparar com alegação de afronta ao princípio da divisão de poderes de Constituição estadual em face dos chamados “princípios sensíveis” (representação interventiva), assentou o notável Castro Nunes lição que, certamente, se aplica à interpretação das cláusulas pétreas: “(...) Os casos de intervenção prefigurados nessa enumeração se enunciam por declarações de princípios, comportando o que possa comportar cada um desses princípios como dados doutrinários, que são conhecidos na exposição do direito público. E por isso mesmo ficou reservado o seu exame, do ponto de vista do conteúdo e da extensão e da sua correlação com outras disposições constitucionais, ao controle judicial a cargo do STF. Quero dizer com estas palavras que a enumeração é limitativa como enumeração. (...) A enumeração é taxativa, é limitativa, é restritiva, e não pode ser ampliada a outros casos pelo Supremo Tribunal. Mas cada um desses princípios é dado doutrinário que tem de ser examinado no seu conteúdo e delimitado na sua extensão. Daí decorre que a interpretação é restritiva apenas no sentido de limitada aos princípios enumerados; não o exame de cada um, que não está nem poderá estar limitado, comportando necessariamente a exploração do conteúdo e fixação das características pelas quais se defina cada qual deles, nisso consistindo a delimitação do que possa ser consentido ou proibido aos Estados” (Rp 94, rel. min. Castro Nunes, *Arquivo Judiciário* 85/31, 34-35, 1947).*

ADPF 33 MC, voto do rel. min. Gilmar Mendes, j. 29-10-2003, P, DJ de 6-8-2004.

³⁴¹ José Afonso da Silva admite que as normas sobre procedimento de reforma são passíveis de alteração desde que para dificultar, ainda mais, a reforma. Op. cit. p. 68

que o legislador ordinário modificasse a titularidade de um poder estabelecido pelo constituinte originário.³⁴²

11.1.1.4. Limitações Temporais

A doutrina se refere também às limitações temporais, que só permitem modificações no texto constitucional em certas épocas, dentro (ou após) de determinado período de tempo. Tais limitações não são comuns em constituições brasileiras, onde a única exceção foi a Constituição do Império (1824), que previa, em seu art. 174³⁴³, que seu texto somente poderia ser reformado após quatro anos de sua vigência, era uma constituição que poderíamos chamar de Transitoriamente Imutável.

Contudo, em ordenamentos jurídicos alienígenas não é difícil encontrarmos limitações de caráter temporal. A Constituição de Portugal (1976), por exemplo, estabeleceu, na versão originária, um período inicial de quatro anos durante o qual não seriam admissíveis quaisquer alterações (art. 284/1, conjugado com o art. 294/1, na redação primitiva); fixou-se o intervalo temporal de 5 anos como lapso de tempo que deve mediar entre as revisões ordinárias da Constituição (cfr. art. 284/1). É de se deixar anotado, ainda, que a Constituição portuguesa admite, de forma extraordinária, a revisão em qualquer momento (art. 284/2), “desde que se satisfaçam os restantes requisitos exigidos (maioria qualificada de 4/5).

Podemos citar ainda a Constituição francesa de 1791 que previa em seu Título VII, art. 3º, a *alteração de seu texto em épocas certas*.

³⁴² Admitimos a possibilidade de se ampliar o rol de legitimados para deflagrar o processo de reforma, por exemplo, inserindo expressamente no artigo 60 da CRFB/88 a hipótese de iniciativa popular de PEC.

Veja exemplo de iniciativa popular de PEC, por expressa previsão, na Constituição do Estado do Rio de Janeiro:

Art. 111 - A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço dos membros de Assembleia Legislativa;

II - do Governador do Estado;

III - de mais da metade das Câmaras Municipais do Estado, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

IV - de **iniciativa popular**, subscrita por, no mínimo, um por cento do eleitorado estadual, distribuído, pelo menos, em um décimo dos municípios existentes no Estado, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

³⁴³ Constituição Política do Império do Brasil de 1824:

Art. 174. Se passados quatro annos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escripto, a qual deve ter origem na Camara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte delles.

Importante destacar que o artigo 3º do ADCT traz limite apenas para instauração do procedimento de *revisão constitucional*, que só poderia ocorrer após 5 (cinco) anos da vigência da Constituição, não impedindo, contudo, a reforma através do procedimento regular de emenda, que poderia se dar, como ocorreu (EC/n.1, EC/n.2, EC/n.3 e EC/n.4), a qualquer tempo.³⁴⁴

11.1.2. Quadro das limitações constitucionais ao Poder de Reforma da CRFB/1988

limites formais	art. 60, caput, incisos I, II e III e, § 2º, 3º e 5º da CRFB/1988; art. 3º do ADCT.
limites circunstanciais	art. 60, § 1º da CRFB/1988
limites temporais	só para a revisão, art. 3º do ADCT.
limites materiais	<p>a) expressos/explicitos: art. 60, § 4º, incisos I/IV da CRFB/1988</p> <p>b) inerentes/implícitos (meramente exemplificativo):</p> <p>1 – Vedação implícita à reforma do próprio § 4º do art. 60 da CRFB/1988 (vedação à dupla reforma ou dupla revisão).</p> <p>2 – É também vedado reformar o próprio procedimento estabelecido para reforma da constituição; logo é proibido (implicitamente) reforma do procedimento estabelecido para emendas à Constituição (art. 60, § 2º, 3º e 5º da CRFB/1988).</p> <p>3 – São vedadas também reformas concernentes à alteração do titular do poder constituinte originário.</p> <p>4 – É também vedado alterar o próprio titular do poder constituinte derivado.</p>

³⁴⁴ O STF tem jurisprudência entendendo que o §5º, do artigo 60 da Constituição Federal, seria limitação temporal, discordamos, com respeito, dessa visão, a nosso ver, o parágrafo 5º limita, apenas, o exame de proposta de emenda, tratando de mesma matéria de proposta de emenda anterior rejeitada ou prejudicada, na mesma sessão legislativa; não há, contudo, qualquer limitação ao exame de proposta de emenda que trate de tema diverso, na mesma sessão legislativa de proposta de emenda anteriormente rejeitada, cuida-se, portanto, de *limitação ao procedimento*, em relação ao tema específico, que só poderá ser tratado na próxima sessão legislativa. O poder constituinte derivado não é ilimitado, visto que se submete ao processo consignado no art. 60, §§ 2º e 3º, da CF, bem assim aos limites materiais, circunstanciais e temporais dos §§ 1º, 4º e 5º do aludido artigo...

RE 587.008, rel. min. Dias Toffoli, j. 2-2-2011, P, DJE de 6-5-2011, Tema 107.
ADI 939, rel. min. Sydney Sanches, j. 15-12-1993, P, DJ de 18-3-1994

11.2. Mutação Constitucional

Introdução

Como analisado ao longo da obra, os textos tem “intenção” de se perpetuarem no tempo, não é diferente com as Constituições, que tem pretensão de permanência. Essa pretensão de permanência nem sempre é vista com bons olhos, é por demais conhecida a expressão de Thomas Jefferson que diz: *As the earth belongs to the living, not to the dead, a living generation can bind itself only. The dead should not rule the living.*

Embora as Constituições tenham a pretensão de permanência não são imutáveis ou eternas, a dinâmica da vida, das sociedades, a dinâmica do mundo exige instrumentos que permitam adaptar, readequar, as Constituições à nova realidade.

Tal mudança se opera de forma primária através de processos formais de alteração do texto constitucional, via emendas constitucionais, contudo, assim como ocorre com os textos em geral, é possível que o sentido se altere sem qualquer modificação formal no texto constitucional, principalmente quando se cuida de normas de textura mais aberta, esse procedimento de alteração constitui um procedimento informal de mudança das Constituições, nominado pela doutrina como *mutação constitucional*. É o que os americanos chamam de “*living Constitution*”.

Essa mudança ocorre, como estudado, a partir de alterações na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito em si que repercutem na interpretação da Constituição, gerando alterações em seu sentido.³⁴⁵

A mutação decorre da interação entre a Constituição (texto) e a realidade, que é dinâmica; os textos não estão apartados da realidade, como exaustivamente estudado.

As *mutações constitucionais silenciosas (stille Verfassungswandlungen)* ocorrem, portanto, a partir de mudança no âmbito normativo, ainda dentro do alcance do programa normativo do texto, que gera alteração na norma constitucional, no sentido do texto.

Canotilho fala que a *permanente dialética entre programa normativo e a esfera (âmbito) normativo justificará a aceitação de transições constitucionais* que, refletem a mudança de sentido da constituição, fruto do efeito que a realidade constitucional provoca, sempre compatível com a constituição como um todo, sem que em nome de uma *suposta mutação* (podemos falar em: mutação inconstitucional) se subverta a estrutura essencial

³⁴⁵ BARROSO. Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 160.

da constituição e seus princípios fundamentais. O reconhecimento dessas mutações constitucionais silenciosas (*stille Verfassungswandlungen*) é um ato legítimo de interpretação.³⁴⁶

Como ensina K. Stern, citado por Canotilho: a mutação constitucional deve considerara-se admissível quando se reconduz a um problema normativo-endogenético, mas já não quando ela é resultado de uma evolução normativamente exogenética.

Por não ser uma mudança formal é necessário que a referida mutação obedeça limites rígidos, sob pena de se violar o próprio sistema constitucional estabelecido pelo Poder Constituinte Originário ao editar a Constituição.

A mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro. Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado.

Rcl 4.335, voto do rel. min. Eros Grau, j. 20-3-2014, P, DJE de 22-10-2014.

11.2.1. Conceito e Natureza Jurídica

A mutação constitucional é um procedimento informal de mudança da Constituição (Poder Constituinte Difuso), pelo qual se altera o sentido de determinada norma constitucional sem mudança formal no texto da Constituição.³⁴⁷

³⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003.p.1.228/1.229.

³⁴⁷ A força normativa da Constituição da República e o monopólio da última palavra, pelo STF, em matéria de interpretação constitucional. O exercício da jurisdição constitucional – que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição –

11.2.2. Limites

Os limites evitam abusos e possibilitam um maior controle em relação às mudanças informais, permitindo diferenciar *mutações constitucionais* das *mutações inconstitucionais*.

Defendemos que a mutação constitucional deve obedecer os seguintes limites:

11.2.2.1. Limites Semânticos/Normativos (Coerência Semântica)

A mutação deve se dar dentro dos limites semânticos possíveis do texto interpretado, o texto assume a função de estabelecer os limites (*Grenzfunktion*) a partir dos quais a norma será interpretada, devendo haver coerência entre o texto e seu sentido. O próprio *programa normativo* funciona como condição de possibilidade da mutação constitucional.

11.2.2.2. Limites Sistêmicos Internos (Coerência Interna: Sistêmica e Teleológica)

Deve a mutação manter congruência interna com as demais normas constitucionais, em outros termos, deve ser compatível com o sistema constitucional vigente, necessário que se tenha coerência entre as normas constitucionais, mantendo o sistema constitucional coeso e integrado. Não seria legítimo, por exemplo, mutação constitucional que (indiretamente) seja tendente a abolir cláusula pétrea, que é um limite, por evidência, não apenas à reforma formal mas, com mais razão, aos

põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do STF, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. **No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional**, a significar, portanto, que “A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la”. Doutrina. Precedentes. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF – a quem se atribuiu a função eminente de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, *caput*) – assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso país confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental. **AI 733.387**, rel. min. Celso de Mello, j. 16-12-2008, 2ª T, DJE de 1º-2-2013

procedimentos silenciosos de mudança da Constituição, que podem, por via subreptícia, aniquilar cláusulas pétreas. Deve-se ainda atentar para finalidade de cada dispositivo objeto de interpretação.

11.2.2.3. Limites Axiológicos (Coerência Axiológica)

A mutação deve se dar em respeito aos princípios constitucionais fundamentais que refletem o “espírito da Constituição”, sob pena de se desvirtuar os valores constitucionais estabelecidos. Nesse ponto, o Preâmbulo ganha relevância como limite e norte axiológico da mutação constitucional.

11.2.2.4. Limites Institucionais (Coerência Institucional)

Devem ser respeitados os precedentes judiciais, cuja superação demanda um maior ônus argumentativo, um duplo dever de argumentação, primeiramente o dever de demonstrar de forma exaustiva a necessidade de revisão do precedente, do entendimento até então prevalente, haveria uma vinculação horizontal da própria Corte (STF) em relação aos seus precedentes, até que fossem devidamente desconstruídos, para então, também de forma exaustiva, fixar a nova orientação. As mudanças jurisprudenciais de uma Corte Constitucional devem ser fruto de profunda e madura reflexão, não se coaduna com uma Corte Constitucional mudanças jurisprudenciais açodadas, oscilações constantes de entendimento; não se nega a possibilidade de mudança, mas se exige, sob o manto da segurança jurídica, previsibilidade, coerência e integridade, que sejam alterações fundadas em bases argumentativas sólidas, inclusive por deferência ao entendimento anterior do próprio Tribunal.

11.2.2.5. Limites Externos (Coerência Externa: Sistema Jurídico e Realidade Subjacente)

A mutação exige igualmente a demonstração de que a percepção do Direito mudou, ganhando relevo posicionamentos doutrinários, modificações legislativas correlatas, alteração dos costumes, dos fatos sociais.

A interpretação judicial como instrumento de mutação informal da Constituição. A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como

instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea.

HC 91.361, rel. min. Celso de Mello, j. 23-9-2008, 2ª T, DJE de 6-2-2009.

ADI 3.345, rel. min. Celso de Mello, j. 25-8-2005, P, DJE de 20-8-2010.

A última palavra quanto à mutação constitucional cabe ao Supremo Tribunal Federal, no caso de mutação constitucional por via legislativa caberá controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, seja sob os aspectos formal ou material, portanto, eventuais mutações promovidas pelo Legislador (ou pelo Executivo) estarão sujeitas ao controle de constitucionalidade exercido pelo STF.³⁴⁸

Mutação Constitucional:

Ação Penal 937

O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas. Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo. Esse é o entendimento do Plenário, ao resolver questão de ordem para determinar a baixa de ação penal ao juízo da zona eleitoral para posterior julgamento, tendo em vista que: a) os crimes imputados ao réu não foram cometidos no cargo de deputado federal ou em razão dele; b) o réu renunciou ao cargo para assumir a função de prefeito; e c) a instrução processual se encerrou perante a 1ª instância, antes do deslocamento de competência para o Supremo Tribunal Federal (STF) (Informativos 867 e 885). Prevaleceu o voto do ministro Roberto Barroso (relator), o qual registrou que a quantidade de pessoas beneficiadas pelo foro e a extensão

³⁴⁸ Não podemos deixar de anotar os casos de Ativismo Congressual, efeito backlash, ao qual remetemos o leitor, lembrando que há hipótese de superação legítima de entendimento firmado pelo Poder Judiciário, por exemplo, por emenda constitucional, quando não se tratar de cláusula pétrea. (infra: 12 Ativismo Congressual)

que se tem dado a ele, a abarcar fatos ocorridos antes de o indivíduo ser investido no cargo beneficiado pelo foro por prerrogativa de função ou atos praticados sem qualquer conexão com o exercício do mandato que se deseja proteger, têm resultado em múltiplas disfuncionalidades. A primeira delas é atribuir ao STF uma competência para a qual ele não é vocacionado. Nenhuma corte constitucional no mundo tem a quantidade de processos de competência originária, em matéria penal, como tem a do Brasil. E, evidentemente, na medida em que desempenha esse papel de jurisdição penal de primeiro grau, o STF se afasta da sua missão primordial de guardião da Constituição e de equacionamento das grandes questões nacionais. O procedimento no Supremo é muito mais complexo do que no juízo de primeiro grau, por essa razão leva-se muito mais tempo para apreciar a denúncia, processar e julgar a ação penal. Consequentemente, é comum a ocorrência de prescrição, o que nem sempre acontece por responsabilidade do Tribunal, mas por conta do próprio sistema. Portanto, o mau funcionamento do sistema traz, além de impunidade, desprestígio para o STF. Como consequência, perde o Direito Penal o seu principal papel, qual seja, o de atuar como prevenção geral. O relator frisou que a situação atual revela a necessidade de **mutação constitucional**. Isso ocorre quando a corte constitucional muda um entendimento consolidado, não porque o anterior fosse propriamente errado, mas porque: **a) a realidade fática mudou; b) a percepção social do Direito mudou; ou c) as consequências práticas de uma orientação jurisprudencial se revelaram negativas**. As três hipóteses que justificam a alteração de uma linha de interpretação constitucional estão presentes na hipótese dos autos. A nova interpretação prestigia os princípios da igualdade e republicano, além de assegurar às pessoas o desempenho de mandato livre de interferências, que é o fim pretendido pela norma constitucional. Ademais, viola o princípio da igualdade proteger, com foro de prerrogativa, o agente público por atos praticados sem relação com a função para a qual se quer resguardar sua independência, o que constitui a atribuição de um privilégio. Além disso, o princípio republicano tem como uma das suas dimensões mais importantes a possibilidade de responsabilização dos agentes públicos. A prescrição, o excessivo retardamento e a impunidade, que resultam do modelo de foro por prerrogativa de função, não se amoldam ao referido princípio. A Corte registrou que essa nova linha interpretativa deve ser aplicada imediatamente aos processos em curso, com a ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e pelos demais juízos com base na jurisprudência anterior, conforme precedente firmado no Inq 687 QO/SP (DJU de 25.8.1999). Vencidos, em parte, os ministros Alexandre de Moraes e Ricardo Lewandowski, apenas quanto à restrição do foro aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados

às funções desempenhadas. Ambos consideraram que a expressão “nas infrações penais comuns”, prevista no art. 102, I, “b”, da Constituição Federal, alcança todos os tipos de infrações penais, ligadas ou não ao exercício do mandato. Vencido, em parte, o ministro Marco Aurélio, tão somente quanto à prorrogação da competência para processar e julgar ações penais após a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais. Vencido, em parte, o ministro Dias Toffoli, que, em voto reajustado, resolveu a questão de ordem no sentido de: a) fixar a competência do STF para processar e julgar os membros do Congresso Nacional exclusivamente quanto aos crimes praticados após a diplomação, independentemente de sua relação ou não com a função pública em questão; b) fixar a competência por prerrogativa de foro, prevista na Constituição Federal, quanto aos demais cargos, exclusivamente quanto aos crimes praticados após a diplomação ou a nomeação (conforme o caso), independentemente de sua relação ou não com a função pública em questão; c) serem inaplicáveis as regras constitucionais de prerrogativa de foro quanto aos crimes praticados anteriormente à diplomação ou à nomeação (conforme o caso), hipótese em que os processos deverão ser remetidos ao juízo de primeira instância competente, independentemente da fase em que se encontrem; d) reconhecer a inconstitucionalidade das normas previstas nas Constituições estaduais e na Lei Orgânica do Distrito Federal que contemplem hipóteses de prerrogativa de foro não previstas expressamente na Constituição Federal, vedada a invocação de simetria; e) estabelecer, quando aplicável a competência por prerrogativa de foro, que a renúncia ou a cessação, por qualquer outro motivo, da função pública que atraia a causa penal ao foro especial, após o encerramento da fase do art. 10 da Lei 8.038/1990, com a determinação de abertura de vista às partes para alegações finais, não altera a competência para o julgamento da ação penal. Por fim, vencido, também parcialmente, o ministro Gilmar Mendes, que assentou que a prerrogativa de foro alcança todos os delitos imputados ao destinatário da prerrogativa, desde que durante a investidura, sendo desnecessária a ligação com o ofício. Ao final, propôs o início de procedimento para a adoção de Enunciado da Súmula Vinculante em que restasse assentada a inconstitucionalidade de normas de Constituições Estaduais que disponham sobre a competência do Tribunal de Justiça para julgar autoridades sem cargo similar contemplado pela Constituição Federal e a declaração incidental de inconstitucionalidade dos incisos II e VII do art. 22 da Lei 13.502/2017; dos incisos II e III e parágrafo único do art. 33 da Lei Complementar 35/1979; dos artigos 40, III, V, e 41, II, parágrafo único, da Lei 8.625/1993; e do art. 18, II, “d”, “e”, “f”, parágrafo único, da Lei Complementar 75/1993. **AP 937 QO/RJ**, rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 2 e 3.5.2018. (**AP-937**)

Mutação Inconstitucional:

O artigo 52, parágrafo 2º da CRFB/88 dispõe que: Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional **não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável**. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

Na decisão abaixo o STF extrapolou os limites semânticos para determinar a prisão de Senador da República, e como veremos, pouco tempo depois, o Supremo readequou sua jurisprudência, alegando que o “Caso Delcídio” foi um “ponto fora da curva”.

Vejamos a decisão:

Senador e prisão preventiva

A Segunda Turma, em julgamento conjunto, por entender presentes situação de flagrância, bem como os requisitos do art. 312 do CPP, referendou decisão do Ministro Teori Zavascki (relator), que decretara prisão cautelar de senador. Referendou, também, as demais decisões prisionais proferidas em relação a assessor desse mesmo senador, advogado e banqueiro. O Colegiado determinou, ainda, que os autos fossem imediatamente remetidos ao Senado para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolvesse sobre a prisão de seu integrante, nos termos do art. 53, § 2º, da Constituição (“Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. ... § 2º. Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.”). Na espécie, o Procurador-Geral da República requerera medidas restritivas de liberdade em relação às pessoas mencionadas pelo fato de empreenderem esforços para dissuadir outrem de firmar acordo de colaboração premiada submetido à homologação do STF. As tratativas dos ora investigados com o pretense beneficiário do referido pacto compreendiam desde auxílio financeiro destinado à sua família, assim como promessa de intercessão política junto ao Poder Judiciário em favor de sua liberdade. Nas conversas gravadas, os interlocutores discutiram a possibilidade de o senador interceder politicamente junto a Ministros do STF para a concessão de “habeas corpus” que beneficiasse o pretense colaborador na delação premiada. A Turma anuiu haver estado de flagrância na prática do crime do art. 2º, “caput” e § 1º, da Lei 12.850/2013 (“Art. 2º.

Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: ... § 1º. Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa”), porquanto os participantes atuariam com repartição de tarefas e unidade de desígnios.

AC 4036 Referendo-MC/DF, rel. Min. Teori Zavascki, 25.11.2015. (AC-4036)

AC 4039 Referendo-MC/DF, rel. Min. Teori Zavascki, 25.11.2015. (AC-4039)

Decisão posterior ao caso Delcídio do Amaral, em que o STF retoma jurisprudência adequada aos limites semânticos da Constituição:

A ressaltar esse elemento fundamental da ordem democrática, tem-se a imunidade por palavras, opiniões e votos veiculados no exercício das atribuições próprias à representação do povo brasileiro, prevista na cabeça do artigo 53 da Constituição Federal. Sob o ângulo formal, alcançando a disciplina do processo-crime e da prisão de congressista, o § 2º dispõe: Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

[...]

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

*A imunidade não inviabiliza a persecução criminal, tampouco impede a prisão, mas, sim, estabelece limites rígidos a serem observados visando a plena atividade parlamentar. **Limita a possibilidade de supressão do exercício do direito de ir e vir, viabilizando-a apenas quando verificado flagrante de crime inafiançável.***

AÇÃO CAUTELAR 4.327/DF, rel. MIN. MARCO AURÉLIO, Brasília, 30.06.2017.

11.2.3. Espécies

11.2.3.1. Mutação por Interpretação

Decorre de “reinterpretação”, processo informal de releitura da Constituição, é efetivada por autoridade administrativa ou pelo Poder Judiciário.

A interpretação judicial como instrumento de mutação informal da Constituição. A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea.

HC 91.361, rel. min. Celso de Mello, j. 23-9-2008, 2ª T, DJE de 6-2-2009.

A força normativa da Constituição da República e o monopólio da última palavra, pelo STF, em matéria de interpretação constitucional. O exercício da jurisdição constitucional — que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição — põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do STF, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. **No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re) formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que “A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la”.** Doutrina. Precedentes. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF — a quem se atribuiu a função eminente de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, caput) — assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso país confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.

ADI 3.345, rel. min. Celso de Mello, j. 25-8-2005, P, DJE de 20-8-2010.

11.2.3.2. Mutações por Atuação do Legislador

A “reinterpretação” decorre de atividade legislativa, a partir da alteração da legislação (conferir infra: 12 Ativismo Congressional), que afeta a interpretação da Constituição, sempre sujeita ao controle de constitucionalidade pelo STF.³⁴⁹

³⁴⁹ Conferir: 12. Ativismo Congressional e 12.1 Efeito Backlash

*A legislação infraconstitucional que colida frontalmente com a jurisprudência (leis in your face) nasce com presunção iuris tantum de inconstitucionalidade, de forma que caberá ao legislador ordinário o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente faz-se necessária, ou, ainda, comprovar, lançando mão de novos argumentos, que as premissas fáticas e axiológicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial não mais subsistem, em exemplo acadêmico de **mutação constitucional pela via legislativa**. Nesse caso, a novel legislação se submete a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso, nomeadamente quando o precedente superado amparar-se em cláusulas pétreas.*

ADI 5.105, rel. min. Luiz Fux, j. 1º-10-2015, P, DJE de 16-3-2016.

11.2.3.3. Mutações por Prática Constitucional

É fruto de mudança de costumes constitucionais, o costume constitucional consolida determinada linha interpretativa. Por exemplo: Possibilidade do Chefe do executivo deixar de aplicar lei que entenda inconstitucional.

Nem sempre o costume constitucional será instrumento legítimo de releitura da Constituição, é possível que determinada prática constitucional seja incompatível com o sistema constitucional entendido em sua completude.

O STF já declarou inconstitucional o costume constitucional de se inserir, por emenda parlamentar, em medida provisória ou projeto de lei de iniciativa privativa (não parlamentar), tema diverso, sem pertinência temática com o objeto originário da proposição legislativa submetida ao Poder Legislativo (é a chamada inconstitucionalidade por contrabando legislativo).

Supremo Tribunal Federal:

O chamado “contrabando legislativo” não denota mera inobservância de forma, mas um procedimento antidemocrático, em que se subtrai do debate legislativo – intencionalmente ou não – a discussão sobre normas que irão regular a vida em sociedade. (ADI 5127)

O ministro Gilmar Mendes defendeu, na ADI 6.524, julgada em 06 de dezembro de 2020, a possibilidade de **prática parlamentar costumeira** afastar texto expresso da Constituição, defendeu o ministro a possibilidade de reeleição para presidência das casas legislativas em período imediatamente subsequente, contra expressão literal da Constituição, conforme se lê no artigo 57, § 4º:

Cada uma das Casas reunir-se-á em sessões preparatórias, a partir de 1º de fevereiro, no primeiro ano da legislatura, para a posse de seus membros e eleição das respectivas Mesas, para mandato de 2 (dois) anos, **vedada a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente.**

G.Mendes:

...a prática parlamentar construída por via costumeira em sentido contrário ao texto literal do artigo 52, IV, CRFB/88, veicula exemplo didático para os que relutam em aceitar que o afastamento da letra da Constituição pode muito bem promover objetivos constitucionais de elevado peso normativo. (...) No âmbito nacional, cito ainda a **prática parlamentar**, veiculada em várias questões de ordem da Câmara dos Deputados, **que excepciona a escolha do Presidente da Casa de uma leitura mais estrita do princípio da proporcionalidade partidária, inscrito no artigo 58, §1º, da CRFB/88.**

A tese defendida foi rechaçada pela maioria dos ministros, posição que entendemos correta, a mutação constitucional encontra limites, por exemplo, no texto constitucional, como já destacado; no caso a mudança demandaria alteração formal no texto constitucional, via emenda.

Os limites interpretativos são distintos em normas de caráter mais fechado (regras), de textura fechada, dos limites, mais amplos, em normas de textura mais aberta (princípios).

O artigo 58, §1º, da CRFB/88, faz referência ao **princípio** da proporcionalidade partidária, o artigo 57, §4º, da CRFB/88, traz uma **regra** proibitiva, não comportam a mesma leitura defendida pelo ministro Gilmar Mendes quanto à superação por prática constitucional (mutação constitucional por prática constitucional).

11.2.3.4. Mutaç o Constitucional para Suprir Lacuna Constitucional

Decorre de interpreta o construtiva que tem por objetivo suprir lacunas constitucionais.

Exemplo   a decis o do STF quanto   interpreta o extensiva do §3 , do artigo 226, da CRFB/88 (Para efeito da prote o do Estado,  

reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.) para alcançar, também, as uniões homoafetivas.³⁵⁰

³⁵⁰ Conferir: ADI 4.277 e ADPF 132, RE 687.432 AgR, RE 646.721, Tema 498

Ativismo Congressional

O termo *ativismo congressional* expressa a atuação do Poder Legislativo para superar entendimento emanado do Poder Judiciário, tentativa de ter a última palavra em termos de interpretação constitucional, em outros termos, o legislador busca suplantat entendimento jurisprudencial via mudança legislativa, seja alterando a própria Constituição ou até mesmo editando lei similar à declarada inválida pelo Poder Judiciário.

Caso a alteração promovida pelo Legislador seja na própria Constituição, o parâmetro para controle jurisdicional de constitucionalidade será mais restrito, como veremos; já nos casos que a manifestação legislativa se der por meio de lei o legislador possuirá um maior ônus argumentativo no sentido de demonstrar que a mudança do precedente se mostra necessária, e que o posicionamento jurisprudencial deve ser superado, levando em consideração o surgimento de novos fundamentos fáticos e jurídicos, sob pena de se ter declarada inconstitucional, a respectiva lei, pelos mesmos fundamentos anteriores.

O ativismo congressional, mantido dentro dos limites constitucionalmente possíveis, é legítimo instrumento de *checks and balances*, democrático, sendo o Legislador, assim como o Executivo, legítimo intérprete da Constituição, a interpretação da Constituição não é exclusividade do Poder Judiciário.

O STF assim já se posicionou: “... a norma que frontalmente colidir com a jurisprudência do Tribunal nasce com presunção de inconstitucionalidade, de

*sorte que caberia ao legislador o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente se afigura legítima, e que o posicionamento jurisprudencial deve ser superado, tendo em conta novas premissas fáticas e jurídicas. Assim, a novel legislação que frontalmente colidisse com a jurisprudência se submeteria a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso”.*³⁵¹

³⁵¹ Vejamos decisão do STF sobre **ATIVISMO CONGRESSUAL**, **INFORMATIVO 801** do STF:

Partidos políticos: direito de antena, acesso ao Fundo Partidário e ativismo congressual

O Plenário, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 1º e 2º da Lei 12.875/2013, que, ao promoverem alterações nas Leis 9.096/1995 e 9.504/1997, restringem, aos novos partidos políticos, criados após a realização das eleições para a Câmara dos Deputados, qualquer acesso aos recursos do Fundo Partidário, bem como qualquer tempo destinado a propaganda eleitoral. De início, o Colegiado destacou que **as disposições ora impugnadas decorreriam de superação legislativa da interpretação conferida pelo STF** ao art. 47, § 2º, II, da Lei 9.504/1997 (ADI 4.430/DF, DJe de 19.9.2013 e ADI 4.795/DF, DJe de 30.10.2013). Na oportunidade, o Tribunal dera interpretação conforme ao preceito questionado, para salvaguardar aos partidos novos, criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão. Poucos meses após o julgamento dos casos supracitados, **o Congresso editara a Lei 12.875/2013 que, em sentido oposto ao pronunciamento da Corte**, subtraía dessas novas legendas o acesso aos recursos do Fundo e ao direito de antena. Caberia perquirir, portanto, quais os limites de reações legislativas a decisões proferidas pelo STF, tendo em vista o impacto na esfera de liberdade de conformação do legislador. Nesse sentido, o Tribunal deteria a última palavra no que se refere à interpretação da Constituição, imune a qualquer controle democrático. **Não se ignoraria, entretanto, a legitimidade, em algumas hipóteses, do ativismo congressual, ou seja, de reversão legislativa a decisões da Corte**, desde que observadas algumas balizas constitucionais. Nesses casos, o Legislativo buscaria reverter situações de autoritarismo judicial ou de comportamento antidialógico, incompatível com a separação de poderes. Ao legislador seria, assim, franqueada a capacidade de interpretação da Constituição, a despeito de decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF. Seria possível extrair as seguintes conclusões a respeito do tema: a) o Tribunal não subtrai “ex ante” a faculdade de correção legislativa pelo constituinte reformador ou pelo legislador ordinário; b) no caso de reversão jurisprudencial via emenda constitucional, a invalidação somente ocorrerá nas hipóteses estritas de ultraje aos limites do art. 60 da CF; e c) no caso de reversão jurisprudencial por lei ordinária, excetuadas as situações de ofensa evidente ao texto constitucional, a Corte tem adotado comportamento de autorrestrição e de maior deferência às opções políticas do legislador.

O Tribunal assinalou que seria prudente não se atribuir a qualquer órgão, fosse do Judiciário, fosse do Legislativo, a faculdade de pronunciar, em solução de definitividade, a última palavra sobre o sentido da

É possível, portanto, que o Legislador tente superar entendimento judicial via alteração legislativa. Sendo a alteração feita por emenda, a possibilidade de controle será bem restrita, limitando-se aos aspectos formais e, excepcionalmente, ao conteúdo, nesse caso tendo as *cláusulas pétreas* como limite substancial, portanto, não se pode ignorar a legitimidade, em algumas situações, do ativismo congressual, ou seja, de reversão legislativa de decisões do Poder Judiciário, desde que observados parâmetros constitucionais. A atividade legislativa não está vinculada às decisões do Supremo Tribunal Federal, o efeito vinculante das decisões do Supremo não alcança a função legiferante.

Constituição. O próprio texto constitucional desafiaria esse entendimento. Em primeiro lugar, os efeitos vinculantes das decisões proferidas em sede de controle abstrato não atingem o Legislativo (CF, artigos 102, § 2º; e 103-A), de modo a ser perfeitamente possível a edição de emendas constitucionais ou leis ordinárias acerca do assunto objeto de pronunciamento judicial. Em segundo lugar, o dever de fundamentação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX), impõe que o STF, mesmo nas hipóteses de correção legislativa de sua jurisprudência, enfrente a controvérsia à luz dos novos argumentos expendidos pelo legislador para reverter o precedente. Além disso, desconsiderar que as demais instituições sejam intérpretes autorizados da Constituição poderia propiciar certa acomodação ou desinteresse nos demais atores em interpretar o texto constitucional. Ademais, a perspectiva juriscêntrica de hermenêutica constitucional também estimula comportamentos irresponsáveis na conformação da Constituição pelo legislador. Assim, o STF deveria proceder como catalisador deliberativo, promovendo a interação e o **diálogo institucional**, de modo a maximizar a qualidade democrática na obtenção dos melhores resultados em termos de apreensão do significado constitucional. **Portanto, o legislador poderia, por emenda constitucional ou lei ordinária, superar a jurisprudência, reclamando posturas distintas da Corte. Se veiculada por emenda, altera-se o próprio parâmetro amparador da jurisprudência. Nessas situações, a invalidade da emenda somente poderá ocorrer nas hipóteses de descumprimento do art. 60 da CF. Se, porém, introduzida por legislação ordinária, a norma que frontalmente colidir com a jurisprudência do Tribunal nasce com presunção de inconstitucionalidade, de sorte que caberia ao legislador o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente se afigura legítima, e que o posicionamento jurisprudencial deve ser superado, tendo em conta novas premissas fáticas e jurídicas. Assim, a novel legislação que frontalmente colidisse com a jurisprudência se submeteria a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso.**

ADI 5105/DF, rel. Min. Luiz Fux, 1º.10.2015. (ADI-5105)

ATIVISMO CONGRESSUAL	
<p>DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: EM 02/06/2016, NA ADI 4983, O STF DECLARA INCONSTITUCIONAL A PRÁTICA DA “VAQUEJADA”.</p>	<p>A “vaquejada”, especificamente, apresenta diversas formas de crueldade contra os animais e, todavia, não é passível de regulamentação capaz de evitar esse sofrimento intencionalmente infligido e inerente à sua prática. Concluiu que manifestações culturais, com características de entretenimento, que submetem animais a crueldade, são incompatíveis com a Constituição, quando for impossível sua regulamentação de modo suficiente para evitar práticas cruéis sem que a própria atividade seja descaracterizada. Assim, são vedadas manifestações culturais em que haja práticas cruéis contra animais. Entendeu que a violência contra o animal é ínsita à vaquejada, de modo que a prática não é protegida pela Constituição. O Ministro Celso de Mello sublinhou que o respeito pela fauna em geral atua como condição inafastável de preservação do meio ambiente. Além disso, tem igual relevância a subsistência do gênero humano em um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Assim, a prática de comportamentos predatórios e lesivos à fauna tem impacto altamente negativo para a incolumidade do patrimônio ambiental dos seres humanos. Enfatizou que a “vaquejada” é dotada de crueldade inerente à sua prática. Não se pode qualificá-la como atividade desportiva, prática cultural ou expressão folclórica, pois é crime (Lei 9.605/1998, art. 32). ADI 4983/CE, rel. Min. Marco Aurélio, 2.6.2016. (ADI-4983)</p>
<p>MUDANÇA LEGISLATIVA: EM 06/06/2017 O CONGRESSO NACIONAL APROVA EMENDA CONSTITUCIONAL (EC-96) CONSTITUCIONALIZANDO A “VAQUEJADA”.</p>	<p>EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 96, DE 6 DE JUNHO DE 2017</p> <p>Acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica.</p> <p>Art. 1º O art. 225 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte § 7º:</p> <p>“Art. 225.</p> <p>§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.”(NR)</p> <p>Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.</p>

Em razão da mudança constitucional foram julgadas prejudicadas ações que contestavam a referida prática, vejamos:

O ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal (STF), jogou prejudicada a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5713, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR) contra a Lei 10.428/2015, da Paraíba, que autoriza a prática da vaquejada. **Segundo**

o relator, a ação perdeu seu objeto depois da promulgação da Emenda Constitucional (EC) 96/2017, que permitiu as práticas desportivas que utilizem animais, desde que reconhecidas como manifestações culturais e regulamentadas por lei que assegure o bem-estar dos animais.

De acordo com o ministro Marco Aurélio, com a edição da EC 96/2017, “modificou-se, de forma substancial, o tratamento constitucionalmente conferido à vaquejada, ficando prejudicada a análise desta ação”.

Haverá, ainda, como já deixamos consignado, a possibilidade de se contestar a própria emenda constitucional, apontando eventual vício formal ou material, nesse último caso quando se tratar de cláusula pétrea e, no exemplo, foram apresentadas duas ADIs atacando a respectiva emenda 96, o Tribunal enfrentará a matéria nas ADIs 5728 e 5772, em trâmite na Corte contra a referida emenda.

Por essa visão, o judiciário não teria sempre a última palavra em termos de controle de constitucionalidade, pois é possível o legislador contornar (**ativismo congressional**), ainda que excepcionalmente, a decisão do STF pela via da reforma constitucional, exceto quando a reforma atingir o núcleo fundamental da CRFB/1988.

É, portanto, tendência, majoritária, na doutrina – não sem críticas³⁵² – apoiar a inserção nas constituições de cláusulas pétreas,

³⁵² Thomas Jefferson foi um crítico ferrenho da ideia de cláusulas pétreas, sendo famosa a carta que escreveu para James Madison (06/09/1789), criticando a ideia de vinculação das gerações presentes pelas escolhas feitas por gerações passadas, criticava de forma veemente a ideia de uma geração poder vincular a outra, dizia que *one generation of man has no right to bind another*, arrematava dizendo que seria *self evident* (auto-evidente) que *a earth belongs in usufruct to the living, and the dead have neither powers nor Rights over it*.

“Thomas Jefferson to James Madison

DEAR SIR

I sit down to write to you without knowing by what occasion I shall send my letter. I do it because a subject comes into my head which I would wish to develop a little more than is practicable in the hurry of the moment of making up general dispatches.

The question Whether one generation of men has a right to bind another, seems never to have been started either on this or our side of[1] the water. Yet it is a question of such consequences as not only to merit decision, but place also, among the fundamental principles of every government. The course of reflection in which we are immersed here on the elementary principles of society has presented this question to my mind; and that no such obligation can be so transmitted I think very capable of proof.—I set out on this ground, which I suppose to be self evident,

apenas em relação ao estritamente necessário, de forma minimalista, que proteja contra modificações aniquiladoras do núcleo base de determinada matéria, contudo, tais limites, não vedam, modificações, mesmo restritivas, desde que, repetimos, não afete a essência do direito ou matéria protegida.

Blanco de Moraes, em tom crítico às cláusulas pétreas, diz que “são os zelotas da Constituição que procuram encerrar em cláusulas pétreas, as suas conquistas políticas obtidas em guerras de trincheira. E são os conflitos inter-institucionais e sociais agudos ou prolongados que a Constituição não logra resolver e cujo arrastamento pode pôr em causa a *legitimidade da própria lei fundamental*”.³⁵³

12.1. Efeito Backlash (backlash effect)

O termo *Efeito Backlash*³⁵⁴ reflete reações político/sociais contrárias à atuação judicial, George Marmelstein Lima diz que *o efeito backlash do ativismo judicial, é uma espécie de efeito colateral das decisões judiciais em questões polêmicas, decorrente de uma reação do poder político contra a pretensão do poder jurídico de controlá-lo*.³⁵⁵

Em artigo, Marmelstein cita o famoso caso Furman vs Georgia, Em 1972, no caso Furman v. Georgia, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, por 5 a 4, que a pena de morte seria incompatível com a oitava emenda da constituição norte-americana, que proíbe a adoção de penas cruéis e incomuns.

Diz o autor, analisando o caso, que:

O que parecia ser o fim da pena de morte nos Estados Unidos teve uma reviravolta surpreendente. A postura liberal da Suprema Corte, ao invés de gerar um amplo consenso em torno da perversidade dessa punição extrema, fortaleceu ainda mais o grupo conservador,

‘that the earth belongs in usufruct to the living’: that the dead have neither powers nor rights over it....”

³⁵³ Blanco de Moraes.p.53

³⁵⁴ O termo “efeito backlash” já foi objeto de questionamento, recente, em concurso público para Delegado de Polícia Civil do Estado do Acre (2017), na questão 33 (letra D), elaborada pela examinadora Thalissa Pádua Gilaberte: D) O reconhecimento da validade jurídica das uniões homoafetivas pelo STF acarretou o crescimento de vozes favoráveis, na via política, ao Estatuto da Família. Tal fenômeno é ligado ao efeito backlash.

³⁵⁵ <https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>, consultado em: 30/06/2018

que obteve, nas eleições seguintes, uma vitória política avassaladora, conquistando diversos cargos no parlamento e no executivo, tendo como bandeira política o endurecimento da legislação penal.

Ao conquistarem cada vez mais espaço político, os grupos conservadores conseguiram aprovar diversas leis aumentando o rigor da legislação penal, inclusive ampliando a prática da pena de morte.

Já em 1976, diante da mudança do cenário político, a Suprema Corte, reavaliando a decisão proferida em *Furman v. Georgia*, passou a entender que, observadas algumas condições, a adoção da pena de morte seria compatível com a oitava emenda da constituição (*Gregg v. Georgia*), permitindo que os estados continuassem a prever a pena capital para os crimes mais graves.

O curioso nesse processo é que, após a decisão proferida no caso *Furman v. Georgia* e a consequente vitória eleitoral do grupo favorável à pena capital, a quantidade de estados que passaram a adotar a pena de morte aumentou em relação ao quadro anterior. Ou seja, estados que antes não adotavam a pena de morte passaram a adotá-la graças à mudança na opinião pública provocada pela reação contra a postura liberal adotada pela Suprema Corte. Ao fim e ao cabo, a tentativa frustrada de acabar com a pena de morte por meio de uma decisão judicial teve um efeito indesejado, que prejudicou bastante o avanço da tese abolicionista.

Esse exemplo ressalta bem o que é o efeito backlash do ativismo judicial, que é uma espécie de efeito colateral das decisões judiciais em questões polêmicas, decorrente de uma reação do poder político contra a pretensão do poder jurídico de controlá-lo. O processo segue uma lógica que pode assim ser resumida. (1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente,

abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim e ao cabo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão.

Importante deixarmos claro que, embora o surgimento do termo ***backlash effect*** tenha bases conservadoras não é esse seu único viés.

O efeito *backlash*, como visto, é uma reação político/social contrária à jurisdição constitucional, ou um *refluxo social* em resposta a uma decisão ou medida (atuação) judicial.

A ideia do *backlash effect* está atrelada à clássica discussão sobre a dificuldade contramajoritária do *judicial review*, em outros termos, o efeito *backlash* é uma reação das *many minds*³⁵⁶ a uma decisão judicial que, por natureza, não se funda na vontade majoritária, é uma reação da própria sociedade com a finalidade de participar efetivamente do debate constitucional, não se contentando com a leitura (interpretação) feita pelo Poder Judiciário.

Essa reação, a depender do viés que se analise, pode ser vista como algo positivo ou negativo à própria evolução da jurisdição constitucional e, em última instância para própria democracia.

Tendo em conta ser a Constituição um “*product of many minds*”, em outras palavras, sendo a Constituição um produto de muitas mentes, ser resultado da manifestação de um povo, com suas complexidades, plural e, voltada à essa mesma sociedade complexa, seu sentido, portanto, não é algo absoluto, imutável, o sentido da Constituição sofre releituras ao longo das gerações, contudo, não significa com isso, que não se respeite o texto constitucional e sua história, mas sim, que a Constituição não é um *document frozen in time* (documento congelado no tempo), assim sendo, a depender da decisão judicial que sofre rejeição, podemos apresentar, com base nos estudos de Cass Sustein,³⁵⁷ quatro (4) visões distintas quanto ao *backlash effect*: (1ª) *Constitution-traditionalism*, (2ª) *Constitutional-populism*, (3ª) *Cosmopolitanism* e (4ª) *Constitutional-minimalism*.

(1ª) *Constitution—traditionalism*: fundamenta o sentido da Constituição em práticas sociais consolidadas ao longo do tempo, mas não necessariamente na visão da geração fundadora, nessa linha, a reação

³⁵⁶ *Many minds* indicaria uma visão embasada nas ideias das “maiorias”.

³⁵⁷ SUSTEIN, Cass. *A Constitution of Many Minds* (Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before).

política contrária à atuação judicial tem por escopo (re)afirmar a tradição de um povo, que deveria ser respeitada pelos juizes, portanto, o efeito *backlash* não é algo negativo, mas sim, a própria sociedade reafirmando seus valores contra uma visão 'progressista' do Judiciário que não corresponda aos valores consolidados de uma sociedade;

(2ª) *Constitutional-populism*: para o *populismo constitucional*, uma corte constitucional deve obedecer ao sentimento social, deve respeitar a opinião pública (*judges should respect contemporary public opinion*) quando da interpretação da Constituição, por essa linha, o *backlash effect* também não é algo negativo, seria uma forma de se democratizar o *judicial review* com a efetiva participação da sociedade. O efeito *backlash* seria uma reação normal em sociedades plurais e complexas, inerente às tensões do sistema, visto que os conflitos interpretativos são uma característica das sociedades modernas, o povo não deve ficar à margem do debate deixando para o Poder Judiciário as decisões sobre questões polêmicas, portanto, é algo normal que a sociedade se movimente quando discorde da leitura que o Judiciário faz da Constituição e, tente superar esse entendimento alterando a própria Constituição. Esses *refluxo* seria algo salutar, pois, promove uma verdadeira democratização da jurisdição constitucional, tornando-a mais legítima com a efetiva participação popular no debate, por outras palavras, é o povo participando da interpretação constitucional. Podemos dizer, com base na ideia de *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição* (Haberle), que a perspectiva juriscêntrica (supremacia da interpretação judicial) de hermenêutica constitucional também estimula comportamentos irresponsáveis na conformação da Constituição pelo legislador e enfraquece a própria legitimidade da jurisdição constitucional. Quando o Poder Judiciário decide com base em teses abstratas, princípios morais "absolutos", quando invade questões políticas ou econômicas, sem lastro constitucional claro, enfraquece a democracia em sua essência, entendida como efetiva participação popular nas questões públicas e, geram instabilidade institucional, enfraquecendo por fim a própria legitimidade do *judicial review*. Nesse diapasão se aplica a ideia de *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*.

(3ª) *Cosmopolitanism* (constitucionalismo cosmopolita): defende uma linha interpretativa que leve em consideração, no processo de interpretação, a análise feita por outras cortes constitucionais (ou mesmo internacionais) sobre o mesmo tema ou similar, buscando uma visão mais universalista, menos nacionalista, cosmopolita portanto da Consti-

tuição. Nessa perspectiva, seria legítimo o *efeito backlash* tendo em conta a necessidade de acompanhar a evolução da sociedade em um contexto mais amplo, universal, pois, uma visão mais abrangente potencializa os acertos e minimiza os erros, uma visão universalista teria uma base racional mais sólida e, um espectro muito mais amplo para exame e comparação em busca do melhor resultado racional/interpretativo, tendo em conta a aceitação universal de uma determinada ideia ou prática. A visão cosmopolita de caráter universalista já teria passado por um maior processo de depuração, tendo por substrato fático e moral uma maior complexidade de ideias e, conseqüentemente, como resultado, uma base fundamental de aceitação universal, mais ampla.

Determinados valores, direitos, ideias etc..., ao longo do tempo, da evolução histórica da sociedade como um todo, já teriam sido incorporados ao mundo contemporâneo como de aceitação universal.

(4º) *Constitutional-minimalism*: O *efeito backlash* não é visto como algo positivo, é visto como uma forma de desaprovação da sociedade em relação ao Poder Judiciário e à sua atuação, uma reação virulenta na tentativa de resistir aos “avanços” do *judicial review*, minando e, conseqüentemente, enfraquecendo as decisões judiciais e, colocando em questão a própria legitimidade da jurisdição constitucional. Por essa razão os minimalistas defendem que a atuação judicial não deve invadir a esfera moral e política que envolvam questões (moralmente) controvertidas, polêmicas, que tem nas esferas de deliberação política seu *locus* próprio para o debate, os juizes deveriam atuar com parcimônia, com auto-contenção, evitando juízos morais ou políticos sobre questões não reguladas de forma precisa no ordenamento jurídico, deixando em aberto as questões polêmicas, os chamados *hard cases*.

No Brasil, também, não é estranho reações políticas contrárias à atuação judicial, como vimos em tópico anterior.

Podemos indicar, também, o caso julgado em 2011, em que o STF reconheceu a constitucionalidade da União Homoafetiva (ADI 4277 e ADPF 132)³⁵⁸ gerando uma reação política legislativa contrária

³⁵⁸ Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. As ações foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral.

O julgamento começou no dia 04/05/2011, quando o relator das ações, ministro Ayres Britto, votou no sentido de dar interpretação conforme a Constituição

à decisão, podemos notar uma imediata resposta com a finalidade de excluir as relações homoafetivas da proteção estatal, tendo sido apresentado, por exemplo, projeto de lei com a finalidade de regular o que se entende por família, vejamos como dispõe o referido projeto (PL 6583/2013):

“O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Família e dispõe sobre os direitos da família, e as diretrizes das políticas públicas voltadas para valorização e apoio à entidade familiar.

Art. 2º Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

O ministro Ayres Britto argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”, observou o ministro, para concluir que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV do artigo 3º da CF.

Os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem como as ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, acompanharam o entendimento do ministro Ayres Britto, pela procedência das ações e com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Ações

A ADI 4277 foi protocolada na Corte inicialmente como ADPF 178. A ação buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Pediu, também, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Já na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, o governo do Estado do Rio de Janeiro (RJ) alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal. Com esse argumento, pediu que o STF aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro.

Art. 3º É obrigação do Estado, da sociedade e do Poder Público em todos os níveis assegurar à entidade familiar a efetivação do direito à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania e à convivência comunitária.

Teoria do Diálogo Institucional

Como tivemos oportunidade de ver ao longo do estudo, é ínsito ao *judicial review* a existência de **tensão** entre os Poderes do Estado, entre o Judiciário e os demais poderes, normalmente (não exclusivamente) entre Judiciário e Legislativo, cada qual chamando pra si a última palavra.

No tópico anterior, por exemplo, vimos casos em que o Poder Legislativo intenta reverter orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal.

Conrado Hubner, a partir desse *estado de coisas*, desenvolve sua teoria, *Diálogos Institucionais*³⁵⁹, buscando romper com a ideia dicotômica sobre quem teria a última palavra em termos de interpretação constitucional, por sua teoria **não haveria última palavra definitiva** e sim **última palavra provisória**, tendo em conta que a sociedade é dinâmica, o processo político é contínuo, em constante movimento, o ideal seria encontrar o **ponto de equilíbrio**, ganhando relevo a ideia de **diálogo**, diálogo no sentido forte, **diálogos entre os poderes do estado**, **diálogos institucionais**, onde haveria uma constante troca de ideias entre as instituições em busca de soluções constitucionalmente e democraticamente mais adequadas.

Em casos tais, o STF deveria proceder como catalisador deliberativo, promovendo a interação e o **diálogo institucional** (metáfora do diálogo), de modo a maximizar a qualidade democrática na obtenção dos melhores resultados em termos de apreensão do significado constitucional.

O STF já se manifestou nesse sentido:³⁶⁰

³⁵⁹ HÜBNER, Conrado M. Direitos Fundamentais e Separação de Poderes e Deliberação, São Paulo: Saraiva, 2011.

³⁶⁰ ADI 5105/DF, rel. Min. Luiz Fux, 1º.10.2015. (ADI-5105)

O Tribunal assinalou que seria prudente não se atribuir a qualquer órgão, fosse do Judiciário, fosse do Legislativo, a faculdade de pronunciar, em solução de definitividade, a última palavra sobre o sentido da Constituição. O próprio texto constitucional desafiaria esse entendimento. Em primeiro lugar, os efeitos vinculantes das decisões proferidas em sede de controle abstrato não atingem o Legislativo (CF, artigos 102, § 2º; e 103-A), de modo a ser perfeitamente possível a edição de emendas constitucionais ou leis ordinárias acerca do assunto objeto de pronunciamento judicial. Em segundo lugar, o dever de fundamentação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX), impõe que o STF mesmo nas hipóteses de correção legislativa de sua jurisprudência, enfrente a controvérsia à luz dos novos argumentos expendidos pelo legislador para reverter o precedente. Além disso, desconsiderar que as demais instituições sejam intérpretes autorizados da Constituição poderia propiciar certa acomodação ou desinteresse nos demais atores em interpretar o texto constitucional. Ademais, a perspectiva juriscêntrica de hermenêutica constitucional também estimula comportamentos irresponsáveis na conformação da Constituição pelo legislador. Assim, o STF deveria proceder como catalisador deliberativo, promovendo a interação e o **diálogo institucional**, de modo a maximizar a qualidade democrática na obtenção dos melhores resultados em termos de apreensão do significado constitucional.

A teoria do Diálogo Institucional vem ganhando força no Supremo Tribunal Federal:

Covid-19 e povos indígenas

O Plenário, por maioria, referendou cautelar deferida parcialmente em ação de descumprimento de preceito fundamental na qual se questiona um conjunto de atos comissivos e omissivos do Poder Público, relacionados ao combate à pandemia por Covid-19, que implicariam alto risco de contágio e de extermínio de diversos povos indígenas.

A cautelar foi deferida pelo Min. Roberto Barroso (relator) nos seguintes termos: “III. SÍNTESE DAS CAUTELARES DEFERIDAS 62. Diante do exposto, são as seguintes as medidas cautelares deferidas por este Relator: III. 1. QUANTO AOS POVOS INDÍGENAS EM ISOLAMENTO OU POVOS INDÍGENAS DE RECENTE CONTATO: 1. Criação de barreiras sanitárias, que impeçam o ingresso de terceiros em seus territórios, conforme plano a ser apresentado pela União, ouvidos os membros da Sala

de Situação (*infra*), no prazo de 10 dias, contados da ciência desta decisão. 2. Criação de Sala de Situação, para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos Povos Indígenas em Isolamento e de Contato Recente, nos seguintes termos: (i) composição pelas autoridades que a União entender pertinentes, bem como por membro da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria Pública da União e por representantes indígenas indicados pela APIB; (ii) indicação de membros pelas respectivas entidades, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão, apontando-se seus respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contato, por meio de petição ao presente juízo; (iii) convocação da primeira reunião da Sala de Situação, pela União, no prazo de 72 horas, a contar da indicação de todos os representantes, por correio eletrônico com aviso de recebimento encaminhado a todos eles, bem como por petição ao presente juízo; (iv) designação e realização da primeira reunião, no prazo de até 72 horas da convocação, anexada a respectiva ata ao processo, para ciência do juízo.

III.2. QUANTO A POVOS INDÍGENAS EM GERAL

1. Inclusão, no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas (*infra*), de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa, apta a evitar o contato. 2. Imediata extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas. 3. Extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos indígenas não aldeados, exclusivamente, por ora, quando verificada barreira de acesso ao SUS geral. 4. Elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros pela União, no prazo de 30 dias contados da ciência desta decisão, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e dos representantes das comunidades indígenas, nas seguintes condições: (i) indicação dos representantes das comunidades indígenas, tal como postulado pelos requerentes, no prazo de 72 horas, contados da ciência dessa decisão, com respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contatos, por meio de petição ao presente juízo; (ii) apoio técnico da Fundação Oswaldo Cruz e do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva – ABRASCO, cujos representantes deverão ser indicados pelos requerentes, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão, com respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contato; (iii) indicação pela União das demais autoridades e órgãos que julgar conveniente envolver na tarefa, com indicação dos mesmos elementos. 63. Observa-se, por fim, que

todos os prazos acima devem ser contados em dias corridos e correrão durante o recesso. O término do recesso coincidirá aproximadamente com a conclusão da elaboração dos planos e seu exame pelo juízo, de modo que não há risco de concretização de medidas irreversíveis antes do retorno do Supremo Tribunal Federal a pleno funcionamento, ressalvadas novas situações emergenciais que possam ocorrer no período e que demandem interferência imediata. 64. A implementação das cautelares não prejudica que se dê continuidade a todas as ações de saúde já em curso e planejadas em favor das comunidades indígenas, que não devem ser interrompidas. CONCLUSÃO 65. Por todo o exposto, defiro parcialmente as cautelares postuladas pelos requerentes, nos termos e condições previstos acima (item III)”.
Reconheceu-se a presença dos requisitos autorizadores da concessão parcial da cautelar, ressaltando-se a existência de indícios de expansão acelerada do contágio pelo Covid-19 nas comunidades indígenas e a insuficiência das ações promovidas pela União para sua contenção.

O relator salientou, inicialmente, as três diretrizes que embasaram sua decisão: 1) os princípios da precaução e da prevenção, no que respeita à proteção à vida e à saúde; 2) a **necessidade de diálogo institucional entre o Judiciário e o Poder Executivo, em matéria de políticas públicas decorrentes da Constituição Federal (CF)**; e 3) a imprescindibilidade de diálogo intercultural, em toda questão que envolva os direitos de povos indígenas.

Quanto à primeira diretriz, asseverou a preocupação concernente ao risco de extinção de etnias se a doença se espalhar de forma descontrolada. O objetivo é o de salvar o maior número de vidas possível e de preservar essas etnias. No que se refere à segunda, afirmou que a concretização das políticas públicas necessárias depende diretamente da atuação do Ministério da Saúde e das Forças Armadas. Registrou, no ponto, que as Forças Armadas já vêm atuando nesse sentido, mediante a entrega de cestas básicas e suprimentos e materiais de saúde a diversas comunidades indígenas, e, em parceria com o Ministério da Saúde, por meio de atenção médica a tais povos. As medidas requeridas implicam a mobilização de múltiplas instituições e agentes, com expertise técnica e experiência em suas respectivas áreas de atuação. Demandam a tomada de posição sobre temas a respeito dos quais as capacidades institucionais do Supremo Tribunal Federal podem ser limitadas. Portanto, é imprescindível que se estabeleça uma interlocução entre os distintos órgãos do Poder Executivo e o Poder Judiciário, para que se busque, tanto quanto possível, uma solução consensual para o problema sob exame. Relativamente à terceira,

observou que cada comunidade possui particularidades, circunstâncias e cultura próprias. É preciso permitir que esses povos expressem suas necessidades e auxiliar o Estado na busca de soluções cabíveis. Por essa razão, toda e qualquer decisão que envolva povos indígenas deve assegurar também um diálogo intercultural. Existe, inclusive, tratado de direito internacional ratificado e internalizado pelo Brasil que determina que decisões acerca da proteção da vida, da saúde e do meio ambiente que envolvam povos indígenas devem necessariamente ser tomadas com a sua participação (Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho - OIT).

Esclareceu terem sido formulados, na ação, pedidos específicos em relação aos povos indígenas em isolamento ou de contato recente, bem como pedidos que se destinam aos povos indígenas em geral. Não obstante tenha reputado todos os pedidos relevantes e pertinentes, entendeu que nem todos poderiam ser integralmente acolhidos no âmbito precário de uma decisão cautelar ou satisfeitos por simples ato de vontade, por exigirem planejamento adequado e **diálogo institucional entre os Poderes**.

No que respeita ao pedido de criação de barreiras sanitárias formulado em favor dos povos indígenas em isolamento ou de contato recente, considerou que a opção pelo não contato decorre de direito desses povos à autodeterminação e constitui uma forma de preservar a sua identidade cultural e as suas próprias organizações, usos, costumes e tradições. Por isso, o ingresso de qualquer membro exógeno à comunidade, sem a sua autorização, constitui um ilícito. Tais povos têm direito ao isolamento e o Estado tem o dever de assegurá-lo. Ademais, na atual situação, com uma pandemia em curso, os povos em isolamento e de contato recente são os mais expostos ao risco de contágio e de extinção. Isso decorre das condições de vulnerabilidade imunológica e sociocultural. De acordo com diretrizes internacionais da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), a medida protetiva mais eficaz a ser tomada em favor de tais povos é assegurar-lhes o isolamento da sociedade envolvente, por meio de barreiras ou cordões sanitários que impeçam — inclusive com o uso da força, se necessário — o acesso de estranhos às suas terras. No ponto, reconheceu a presença de perigo na demora, dado que há risco iminente de contágio, caso não se criem mecanismos de contenção do ingresso nessas terras. Afirmou que os recursos materiais e de pessoal a serem utilizados nas barreiras, sua localização, os protocolos sanitários a serem empregados pelos agentes do Estado e demais especificações devem ser determinados pela União,

por meio da elaboração de um plano, ouvidos os membros integrantes da Sala de Situação.

Com base nos princípios da precaução e da prevenção, o relator reconheceu, também, a verossimilhança do direito à criação de uma Sala de Situação e perigo na demora. A criação dessa Sala de Situação para a gestão da epidemia, no que respeita a povos indígenas e de recente contato, é prevista em norma federal expedida pelo Ministério da Saúde (Portaria Conjunta 4.094/2018, do Ministério da Saúde e da Fundação Nacional do Índio - FUNAI). Portanto, não há que se falar em interferência do Judiciário sobre Políticas Públicas, mas em mera implementação judicial de norma federal que não está sendo observada pelo Poder Executivo. Deferiu, nessa mesma linha, o pleito de participação indígena na Sala de Situação, haja vista o seu respaldo pela Convenção 169 da OIT. A Convenção prevê, ainda, que o Poder Público deve assegurar os meios necessários para que as instituições responsáveis pela administração de programas no interesse dessas comunidades funcionem adequadamente. Essa norma acolhe o pleito de participação da Defensoria Pública da União e do Ministério Público Federal, que poderão apoiar os representantes dos povos indígenas. A Defensoria por seu papel na defesa dos necessitados (CF, art. 134) e o Ministério Público por seu papel de defesa dos direitos e interesses das populações indígenas (CF, art. 129, V).

No que tange ao pedido, dirigido aos povos indígenas em geral, de retirada de invasores das terras indígenas indicadas, julgou presente a verossimilhança do direito alegado. A presença desses grupos em terras indígenas constitui violação do direito de tais povos ao seu território, à sua cultura e ameaça à sua vida e saúde. Observou que essas invasões se deram para o cometimento de crimes, como o desmatamento, a extração ilegal de madeira e o garimpo ilegal. A remoção, portanto, é medida imperativa, imprescindível e dever da União, sendo inaceitável a inação do governo federal em relação a esse fato. No entanto, admitiu que a situação não é nova e não guarda relação com a pandemia. Trata-se de problema social gravíssimo, que ocorre em diversas terras indígenas e unidades de conservação, de difícil resolução, dado o grande contingente de pessoas (mais de 20.000 invasores em apenas uma das áreas) e o elevado risco de conflito armado. Não há como equacionar e solucionar esse problema nos limites de uma medida cautelar. Porém, a União deve se organizar para enfrentar o problema, que só faz crescer, e formular um plano de desinترusão. Acrescentou que cria risco de contágio o ingresso de pessoas estranhas às comunidades indígenas, inclusive de equipes médicas do Ministério

da Saúde e das Forças Armadas. Há, portanto, considerável *periculum in mora* inverso na determinação da retirada como postulada, já que implicaria o ingresso de forças militares e policiais em terra indígena, com risco de conflito armado durante a pandemia e, por conseguinte, poderia agravar a ameaça já existente à vida de tais povos. Assim, julgou recomendável que se considere, por ora, medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa apta a evitar o contato.

O relator também vislumbrou verossimilhança do direito alegado e perigo da demora, relativamente ao pleito de extensão do Subsistema de Saúde Indígena também aos indígenas urbanos (não aldeados) e aos indígenas aldeados, residentes em terras indígenas, cuja demarcação e homologação ainda não foram concluídas pelo Poder Público. Salientou que a Secretaria Especial de Saúde Indígena - SESAI e da FUNAI limitaram o atendimento por esse subsistema apenas aos indígenas aldeados, residentes em terras indígenas homologadas. Esclareceu que, no tocante aos indígenas aldeados residentes em terras não homologadas, a alegação de que podem recorrer ao SUS geral é de viabilidade duvidosa, já que se trata de povos situados em locais de difícil acesso, sem capilaridade de postos de saúde e hospitais, e com práticas culturais, idioma e eventuais particularidades que o SUS geral não está habilitado a atender. Portanto, o acesso ao citado subsistema deve ser imediato. Quanto aos indígenas urbanos não aldeados, observou que são remetidos ao SUS normal, o qual, no entanto, é desconhecedor das suas necessidades específicas e peculiaridades culturais. Entretanto, tendo em conta que o subsistema precisará passar por uma considerável readequação, que tende a absorver parte significativa da sua capacidade institucional ao passar a atender, de imediato, os indígenas aldeados localizados em terras não homologadas, que não eram alcançados por seus serviços, o relator entendeu haver perigo na demora inverso no deferimento imediato da cautelar em face da eventual sobrecarga do subsistema. Por essa razão, determinou a extensão dos serviços do subsistema aos povos indígenas não aldeados, por ora, quando verificada barreira de acesso ao SUS geral.

O ministro Roberto Barroso concluiu pela necessidade da elaboração e do monitoramento de um plano de enfrentamento da pandemia para os povos indígenas brasileiros com a participação dos representantes dessas comunidades. Salientou que, a fim de assegurar o diálogo institucional e intercultural, por um lado, e de observar os princípios da precaução e da prevenção de outro, cabe à União a formulação do referido plano, com a participação do Conselho de Direitos Humanos, dos representantes dos povos indígenas e demais consultores *ad hoc*.

Vencidos, parcialmente, o ministro Edson Fachin, que deferia a liminar em maior amplitude, e o ministro Ricardo Lewandowski, que acompanhava o relator, mas estabelecia prazos.

ADPF 709 Ref-MC/DF, rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 3 e 5.8.2020. (ADPF-709)

Ao legislador seria conferido o poder de interpretação da Constituição, a despeito de decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF.

Podemos indicar as seguintes conclusões, com apoio na jurisprudência do STF, sobre o tema:

- a. o Tribunal não subtrai “ex ante” a faculdade de correção legislativa pelo constituinte reformador ou pelo legislador ordinário;
- b. no caso de reversão jurisprudencial via emenda constitucional, a invalidação somente ocorrerá nas hipóteses restritas de violação aos limites (formais, circunstanciais e materiais) do art. 60 da CF;
- c. no caso de reversão jurisprudencial por lei ordinária, fora das hipóteses de ofensa patente ao texto constitucional, deve o Judiciário adotar uma postura de autorrestrição e de maior deferência às opções políticas do legislador.

13.1. Diálogo Institucional na doutrina americana

A discussão sobre a *metáfora dos diálogos institucionais* não é, de forma alguma, estranha ao debate existente em outros países, cuida-se de uma ideia que já é discutida de forma intensa nos EUA, por exemplo.

O objeto em questão é examinar a dinâmica existente (ou não), no processo de interpretação constitucional, entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, em busca de melhores soluções para problemas Constitucionais, afinal, podemos afirmar que os Poderes do Estado atuam com o fito de promover a constituição, buscam implementar, fomentar e proteger direitos e valores constitucionais, eventual conflito seria aparente, pois o “fim” seria o mesmo, não há conflito no âmbito de uma hermenêutica adequada às condições de possibilidade que se abre *da* Constituição e *pela* Constituição, na faticidade que se está mergulhado.

O professor Geoffrey Sigalet,³⁶¹ em artigo acadêmico, intitulado *On Dialogue and Domination*, se manifesta nesse sentido, dizendo:

Metaphors can play many different roles in constitutional theories, especially theories which seek to evaluate how different constitutional arrangements and practices enable or restrict freedom. This chapter is concerned with the normative role played by the metaphor of dialogue in constitutional theory, that is, the reason why dialogue between courts and legislatures about rights, and the constitutional structures designed to promote it, might in truth be desirable. One of the most important dynamics which the metaphor of dialogue has been used to evaluate and describe is the inter-institutional relationship between courts and legislatures regarding the specification of rights. 'Dialogue' does not signify any one constitutional theory, nor one prescribed pattern of interaction between courts and legislatures concerning rights. Perhaps 'dialogue' rings with the ideal of equality in the ears of some political and legal theorists, but this is doubtlessly related to specific normative commitments contingently filtering what they hear. Metaphors are not theories, and they do not search for theories to explain their hidden import. Instead, dialogue is a metaphor that has been given different normative meanings in different constitutional contexts and in distinctive theories of how the ideals of constitutionalism and freedom are related to interactions between courts and legislatures.

O Judiciário funcionaria como catalizador desse diálogo, em busca, fazemos questão de reforçar, do melhor resultado constitucional, aquele mais adequado constitucionalmente, e não em nome de um protagonismo do *judicial review*; visando estabelecer um diálogo que garanta um exame mais democrático e aberto das maiores questões constitucionais, sem prejuízo ao debate democrático, mas em seu reforço, e, protegendo direitos e valores constitucionais contra eventuais "ataques" legislativos.

Geoffrey Sigalet destaca três formas de diálogo institucional, vejamos:

1º) *Interrogative dialogue (diálogo interrogativo)*

Nessa espécie de diálogo não há participação efetiva do legislativo no *diálogo institucional*, nessa linha o judiciário leva a cabo um exame das

³⁶¹ Consulta em 28/07/2018: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3204817

razões apresentadas pelo legislador para edição de determinado ato. A importância desse momento é o exame dos motivos, das justificativas, que fundamentam ou não a prática de determinado ato.

The first reason for favouring dialogue is tied to the view that dialogue involves the principled judicial interrogation of legislative reasons for infringing rights. On this view, the reason for valuing dialogue is that it offers a chance for the judiciary to interrogatively distinguish justifiable reasons for legislatures to infringe rights from the unjustifiable legislative pursuit of objectives that are simply “symbolic articulations of disgust, anxiety, national solidarity, animus, or other strong emotions.” Interrogative dialogue, as I shall call it, does not involve much concern for legislative participation in determining the meaning of rights, as it presupposes that the exchange of reasons regarding rights will concentrate on whether different infringements might be reasonably justifiable under certain circumstances.

2º) Interruptive dialogue (diálogo interruptivo)

Nessa segunda ordem já existe maior preocupação com o processo democrático de decisão, o objeto nessa etapa é o controle do procedimento legislativo, respeito ao processo democrático, essa segunda ideia de diálogo, *interruptive dialogue, takes the commitment to both constitutional rights and democracy to justify the judicial interruption of democratic legislative processes implicating rights, provided that these interruptions are ‘non-final’ and can be overridden or ignored. Where courts interrupt legislative processes afflicted with “burdens of inertia”, i.e. where legislatures fail to pass or consider legislation in the face of political gridlock, or where courts simply interrupt the application of statutes which could be thought to threaten minority rights, they help protect against unjustifiable infringements of rights. There are two prominent theories of interruptive dialogue, as I shall call this norm of dialogue, and both take the purpose of judicial interruptions to be the protection of rights and the provocation of legislative responses to judicial decisions that can help promote democratic responsibility and a measure of control over rights.*³⁶²

3º) Constructive dialogue (diálogo construtivo)

Nessa terceira perspectiva é que se instaura um verdadeiro diálogo entre o Poder Judiciário e o Legislativo, busca-se com essa ideia que os

³⁶² Geoffrey Sigalet. On Dialogue and Domination: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3204817

Poderes atuem de forma coordenada em busca de melhores resultados constitucionais e não em busca da última palavra ou do protagonismo de uma instituição de poder sobre a outra, a troca de ideias, de visões, a possibilidade das instituições aprenderem umas com as outras e, de forma coordenada, estabelecer a melhor interpretação constitucional. O *diálogo construtivo* contribuiria para uma jurisdição constitucional mais legítima sem prejuízo à proteção de direitos e valores constitucionais. Sendo as duas instituições igualmente responsáveis pela *construção* constitucional, ao lado, por óbvio do Poder Executivo, completando a tríade.

A third reason why dialogue might be taken to be good is that it allows courts and legislatures to co-ordinately construct the meaning of rights in a way that protects both rights and the democratic legitimacy of political decisions implicating rights. Like the interruptive reason for favouring dialogue, this constructive reason involves the possibility that legislatures can help specify the meaning of rights and what it means for them to be violated. Yet unlike the interruptive norm, constructive dialogue is incompatible with the idea that legislatures can justifiably infringe the rights of citizens. If the value of dialogue is the constructive specification of what rights mean given certain conditions and circumstances, then it would seem that legislative replies to judicial decisions cannot be about their justified or unjustified violation. Evaluating the justified or unjustified infringement of rights involves, at least in the current practice of courts, assessing the ends and means of legislative schemes, according to which the specified meaning of rights falls from view. The constructive value of dialogue lies in the possibility that courts and legislatures can learn from one another in co-ordinately specifying the legal meaning of the rights, and that such learning will protect the democratic legitimacy of decisions involving rights as much as rights themselves.³⁶³

³⁶³ *Ibidem.*

Geoffrey Sigalet conclui:

Which norms of dialogue inform contemporary interactions between courts and legislatures in actual constitutional systems? Are these norms encouraged or discouraged by particular ways of arranging courts and legislatures? What can be said on the theory offered thus far is that the interrogative and interruptive reasons for favouring dialogue between courts and legislatures jar with the basic institutional features and practical functions of modern republican institutions. As norms, they both twist modern judicial institutions and practices towards more ancient political purposes better suited to the representative judicial assemblies of the Roman and Athenian past. It may be that reforming modern courts to have more ancient institutional features, such as periodic elections by lot, could reduce the risk the exercise of

judicial review poses to political justice by refusing to apply valid statutes, upholding invalid laws, and unequally changing the law through the binding effect of adjudicative reasoning in such cases.¹⁰⁰ But such reforms are liable to feature their own risks, especially to the application of legal rules to particular circumstances, and even to the overall coherence of changes to the law as a political community reasons together about the direction of state interference. Unlike such risky norms of dialogue or institutional reforms, dialogues which limit and enable the state's interference in the lives of its citizens will prove more likely to secure them from the political injustice of domination where courts and legislatures are equally held to account for the construction of indeterminate rights. And with such equal responsibility, comes equal suspicion.

Conclusão

Conforme estudado, parece legítimo afirmarmos, que toda interpretação deve partir de uma posição prévia (pré-compreensão), onde se examina, a situação (elemento fático) em que se está contido o objeto de interpretação e o intérprete, em uma relação de influência recíproca entre o ser e o mundo, o ser e as coisas, e o ser com outro ser. Não se sustentando na atual quadra a ideia de cisão entre *ser* e *objeto*, entre interpretar e aplicar; o contexto, portanto, passa a desempenhar papel fundamental no processo de compreensão e interpretação. A *pré-compreensão* influi de forma decisiva na capacidade de compreensão, voltada ao entendimento do sentido do texto objeto de análise.

A interpretação (jurídica) deve proceder ao exame do texto a partir das condições de possibilidade que se abrem no contexto que se está inserido (histórico, cultural, social...), conduzindo o exame do elemento semântico do texto situado nas possibilidades de sentido que se abrem no referencial fático. O contexto, que sofre modificações contínuas durante a vigência da Constituição, influencia diretamente na interpretação dos enunciados linguísticos, não podendo, portanto, ser desconsiderado no momento em que se realiza a atividade interpretativa.

O contexto justifica o uso linguístico. (Wittgenstein)

As condições de possibilidade estão imbricadas no sistema constitucional, surgem dele, agregado aos elementos contextuais, em que o texto objeto de interpretação está inserido, logo, podemos inferir, que há limites interpretativos possíveis³⁶⁴, a interpretação, não é uma atividade de *atribuição de sentidos voluntarista*, a interpretação não é um

³⁶⁴ BARCELOS, ANA PAULA. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: ed.Método, 2018.p.71.

ato de força, ela não admite autoritarismos, não aceita uma linguagem estritamente privada, no sentido de Wittgenstein, é a articulação entre os sentidos possíveis que se abrem a partir de um sistema constitucional específico situado em um determinado contexto. A significação respectiva só se determina a partir do contexto.

Ganhando relevo o exame sistemático e compreensivo de toda a Constituição e do sistema jurídico, garantindo-se coerência e integridade à interpretação constitucional, compreendida a partir de um ordenamento jurídico específico, com características próprias.

Nós, no fundo, só compreendemos quando compreendemos totalmente e quando compreendemos o todo. Quem só compreende parcialmente pode ter compreendido de maneira totalmente falsa e, então, não se sabe se se está de acordo ou como é que se deveria responder. Por isso, precisamos, sempre, perguntar novamente até que tenhamos compreendido. Ter compreendido não significa, tampouco, que se está de acordo com o outro.³⁶⁵

A interpretação se movimenta, portanto, no que foi compreendido e dele se alimenta, podemos dizer que se movimenta em um círculo (**círculo hermenêutico**), e, o decisivo não é sair do círculo, mas sim, entrar no círculo de modo adequado, este círculo do compreender não é um cerco, em que se movimenta um modo qualquer de conhecimento, mas é própria expressão da estrutura-prévia existencial. Nesse círculo se abriga a possibilidade de conhecimento mais verdadeiro.

O sentido, portanto, é o que se articula como tal na interpretação e que no compreender (*Verstehen*) já se delineou como possibilidade dessa articulação.

Podemos falar em compreensão a partir da consciência de nossa própria condição de seres historicamente situados e dos próprios efeitos dessa história, incorporando a ideia de círculo hermenêutico, da fusão de horizontes (entre passado e presente, entre texto e intérprete, entre mundo do objeto de interpretação e o mundo de quem se propõem a compreendê-lo), rompendo com a cisão entre compreender, interpretar e aplicar, pois como visto, quando compreendemos já interpretamos e aplicamos.

Aprendemos a ver o direito de forma integrada, o **direito como integridade e coerência**,³⁶⁶ defendendo uma resposta constitucio-

³⁶⁵ GADAMER. *Hermenêutica em Retrospectiva*. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p.177.

³⁶⁶ Essa análise compreensiva que fazemos referência, deve levar em consideração os precedentes judiciais, em um exame argumentativo, reflexivo e crítico.

nalmente adequada, com base em uma moralidade política (constitucionalmente situada, não hipotética) *que amarra o intérprete, evitando discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos.*

As características da Constituição e da norma objeto de interpretação são igualmente relevantes, devendo ser examinado o *fim* e a *funcionalidade* da norma interpretada, sua estrutura, pois, a depender da estrutura funcional e teleológica da norma nós teremos possibilidades interpretativas distintas, a partir da abertura do próprio texto considerado em suas condições de possibilidade, assumido importância entender as *regras do jogo*, a funcionalidade contextual.

O constituinte faz opções, que devem ser respeitadas pelo intérprete, opções por normas de textura mais aberta, normas de textura mais fechada, normas de caráter axiológico, norma de caráter descritivo, normas de caráter mandamental, mandados de criminalização³⁶⁷ etc., e, a partir dessas opções é que se abrem possibilidades interpretativas mais amplas ou mais restritas.

Quando o constituinte opta por norma de textura mais fechada (*regras*) valoriza a segurança jurídica, a estabilidade e a previsibilidade, *na medida em que veiculam efeitos determinados, pretendidos pelo legislador*

Assim sendo, **coerência** indica harmonia entre os sentidos possíveis das diversas normas que compõem o sistema constitucional de maneira a preservar a *unidade* da Constituição, conjugado aos precedentes judiciais, como dito, em um cotejo crítico de constante destruição e reconstrução, exigindo sempre uma refundação, ou reafirmação como verdade. O que imprime uma face verdadeiramente democrática à jurisdição constitucional.

Como **integridade** Dworkin invoca a ideia de Estado de direito, indicando o ideal político de uma determinada sociedade, onde os membros se reconhecem como livres e iguais, portanto, o referido princípio obriga não apenas os cidadãos como também os Poderes do Estado a promover a ideia de igual consideração e respeito a cada um nas práticas e instituições sociais: *It insists that people are members of a genuine political community only when they accept that their fate are linked in the following strong way: they accept that they are governed by common principles, not just by rules hammered out in political compromise.* O direito vigente deve ser interpretado a partir de princípios, portanto, é tarefa do Poder Judiciário decidir conforme os princípios de justiça, tal função se mostra um reflexo de uma obrigação originária dos cidadãos, que se confirma com o ato criador de uma Constituição, em última análise, tais princípios tem por função garantir a integridade da convivência entre os membros de determinada comunidade que orientam-se por princípios de justiça e, que se respeitam como livres e iguais.

³⁶⁷ Sobre mandados de criminalização conferir: ADO 26/DF, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 20 e 21.2.2019. (ADO-26)

MI 4733/DF, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 20 e 21.2.2019. (MI-4733)

*de forma específica (ou mesmo pelo constituinte), as regras contribuem para a maior previsibilidade do sistema jurídico.*³⁶⁸

As normas de textura fechada (regras) tem por finalidade afastar a dúvida, por esta razão, o constituinte, quando opta por normas com essa característica, mais clara, objetiva, visa reduzir a margem de conflitos interpretativos, privilegiando a segurança jurídica; pelo viés democrático, podemos afirmar que privilegia o ponto de consenso (constitucional), reduzindo o espaço de divergência.

O constituinte, ao utilizar normas de textura mais aberta (princípios) se preocupa com a oxigenação do sistema, pois, abrem-se mais possibilidades interpretativas, permitindo que a Constituição se mantenha sempre atual e, não se distancie da realidade.

A textura mais aberta também amplia o poder de conformação conferido ao Legislador, que terá um maior “espaço” de disposição para suas escolhas; as normas de textura mais fechada reduzem o âmbito das escolhas políticas.

É importante, imperioso, que o Poder Judiciário, na interpretação constitucional, atente para a funcionalidade de cada espécie de norma, buscando a interpretação que mais favoreça a efetividade da Constituição e suas normas.

Nessa ordem de ideias, os textos claros (regras, rule) demandariam interpretação mais restrita, já os textos mais abertos (princípios, principles), comportariam uma atividade interpretativa mais ampla de construção de sentido, teriam um espaço interpretativo maior.

O Supremo Tribunal Federal³⁶⁹, como Corte Constitucional, tem papel fundamental na garantia da Constituição, pois, foi conferido a ele Supremo, pela Constituição, a sua defesa, sua garantia. Nesse *munus* deverá o Poder Judiciário, respeitar os espaços deixados pela Constituição à atuação dos demais Poderes do Estado, respeitar, por exemplo, o poder de conformação do Legislador, afinal, ao invadir o campo de atuação dos demais Poderes, estará ele, Poder Judiciário (STF, como Corte Constitucional), atentando contra a Constituição que deve proteger, contra o povo, e sua vontade reduzida na Constituição Federal; contudo, poderá atuar, em defesa da Constituição, quando os demais Poderes não o fizerem, desrespeitando deveres constitucionais por omissão ou atuação insuficiente, nessas hipóteses, a própria Constituição

³⁶⁸ BARCELOS.Op.cit.p.74.

³⁶⁹ Também o Poder Judiciário, de uma forma mais ampla, o juízes e tribunais.

demanda uma atuação mais incisiva do Judiciário e, estabelece diversos instrumentos jurídicos através do qual se viabiliza, via Judiciário, *garantir* a efetividade da Constituição, principalmente na defesa de direitos fundamentais. Até mesmo, em certos momentos, aproximando sua atuação da função legiferante, sempre dentro dos limites fornecidos pelo *sistema constitucional*.³⁷⁰

³⁷⁰ Atuação do STF em casos de omissões inconstitucionais do Legislador (Informativo 931):

Na tipologia das situações inconstitucionais inclui-se aquela derivada do descumprimento, por inércia estatal, de norma impositiva de determinado comportamento atribuído ao poder público pela própria Constituição. A situação de omissão abusiva no adimplemento da prestação legislativa – caracterizada diante do estado de mora do legislador pela superação excessiva de prazo razoável – e a imposição constitucional de legislar qualificam-se como requisitos condicionantes da declaração de inconstitucionalidade por omissão.

Portanto, a ação direta por omissão deve ser vista como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, pela inaceitável omissão do poder público, impedindo-se que se degrade a Constituição à inadmissível condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade ordinária do legislador comum.

Uma vez reconhecida a existência de mora imputável ao Congresso Nacional e diante do contexto do presente caso, desenham-se, fundamentalmente, as seguintes possibilidades de solução da mora legislativa: a) a cientificação do Congresso Nacional, para que adote, em prazo razoável, as medidas necessárias à efetivação da norma constitucional (CF, art. 103, § 2º, c/c Lei 9.868/1999, art. 12-H, caput); ou b) o reconhecimento imediato de que a homofobia e a transfobia, quaisquer que sejam as formas pelas quais se manifestem, enquadram-se, mediante interpretação conforme à Constituição, na noção conceitual de racismo prevista na Lei 7.716/1989.

O mero apelo ao legislador, no entanto, nem sempre tem sido solução eficaz, em razão da indiferença do Poder Legislativo, que, em determinadas decisões anteriormente emanadas do STF, tem persistido em permanecer em estado de inadimplemento da prestação legislativa que lhe incumbe promover.

Diante disso, o STF ao longo dos últimos trinta anos, evoluiu no plano jurisprudencial em busca da construção de soluções que pudessem fazer cessar esse estado de inconstitucional omissão normativa. Isso se deu, por exemplo, na possibilidade de o Tribunal formular solução jurisdicional para viabilizar a aplicação da norma constitucional dotada de eficácia limitada, enquanto não sobrevier a legislação reclamada. Foi essa a solução adotada em relação ao exercício do direito de greve por servidores públicos civis (CF, art. 37, VII) no julgamento conjunto do MI 670, do MI 708 e do MI 712.

Nessa senda, destaca-se que o procedimento hermenêutico realizado pelo Poder Judiciário objetiva extrair a necessária interpretação dos diversos diplomas legais vigentes para, em razão da inteligência e do sentido exegético que lhes der, obter os elementos pertinentes à exata aplicação do direito. Isso em nada se confunde com o processo de elaboração

É nessa linha tênue que atua o Judiciário, e, ao extrapolar suas funções, ao ultrapassar o que a Constituição lhe abre como condições de possibilidade, se torna um Poder *ilegítimo*, atuando ao arrepio da Constituição, nessa hipótese, o sistema constitucional é acionado, o sistema de *checks and balances*, pois, os demais Poderes poderão atuar, por exemplo, como visto por nós, poderá o Poder Legislativo, via processo legislativo, superar entendimento jurisprudencial (ativismo congressional), através da reforma constitucional, ou até mesmo, em casos extremos, poderá o Poder Legislativo (Senado Federal) julgar ministro do STF³⁷¹, nos crimes de responsabilidade.³⁷²

Não deve o Poder Judiciário, sob pena de se tornar um Poder Despótico, subtrair do povo o espaço para devida deliberação política, ao contrário, deve assegurá-lo, sendo o Poder Legislativo o *locus* adequado para o debate político, devendo-se fortalecer e proteger os instrumentos constitucionais de participação democrática, garantindo a funcionalidade e efetividade dos mecanismos constitucionais democráticos.

Que legitimidade teria o Poder Judiciário para contrariar decisões políticas, tomadas via processo democrático legítimo, respeitando os limites substanciais previstos na Constituição, em nome de uma visão própria do que é justo ou injusto, do que é moral ou imoral?

legislativa. Ou seja, o processo de interpretação dos textos legais e da Constituição não importa em usurpação das atribuições normativas dos demais poderes da República.

ADO 26/DF, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 20 e 21.2.2019. (ADO-26)
MI 4733/DF, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 20 e 21.2.2019. (MI-4733)

³⁷¹ CRFB/88, Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) II – processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

³⁷² Lei 1.079/50:

Art. 39. São crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal:
1- altera, por qualquer forma, exceto por via de recurso, a decisão ou voto já proferido em sessão do Tribunal;

2 - proferir julgamento, quando, por lei, seja suspeito na causa;

3 - exercer atividade político-partidária;

4 - ser patentemente desidioso no cumprimento dos deveres do cargo;

5 - proceder de modo incompatível com a honra dignidade e decôro de suas funções.

Art. 39-A. Constituem, também, crimes de responsabilidade do Presidente do Supremo Tribunal Federal ou de seu substituto quando no exercício da Presidência, as condutas previstas no art. 10 desta Lei, quando por eles ordenadas ou praticadas.

É exatamente nessa abertura fornecida pela Constituição que ocorre o debate político, dentro dos limites possíveis traçados pela Constituição, imaginada como um *tensor*, que se deixa esticar até certo ponto, não infinitamente, permitindo que, via debate político, sejam feitas escolhas democráticas.

Diz Ana Paula Barcelos, falando sobre interpretação judicial, que:

a percepção convencional imaginava que a jurisdição seria uma função técnica, de natureza meramente cognitiva, pela qual o juiz revelaria o sentido já existente na norma. Não cabia ao magistrado formular valorações ou escolhas; elas já teriam sido feitas pelo legislador.

Há muitas décadas que já se sabe que essa descrição acerca da função jurisdicional não corresponde à realidade. Em primeiro lugar, ainda que fosse possível ao intérprete atuar de forma neutra e objetiva – o que não é verdade –, ainda assim a própria abertura do sistema, que nem sempre fornece uma solução preconcebida para determinados casos, e a pluralidade de sentidos que a maior parte das normas admite, já desmitificariam a atividade puramente técnica do juiz. No caso da Constituição, como se viu, essa abertura do sistema atinge seu nível máximo.³⁷³

Como compreender (*Verstehen*), interpretar e aplicar estão imbricados, os juízes participam do processo de *construção do Direito*, não pela atribuição de sentido de forma discricionária, arbitrária, mas construindo sentidos possíveis a partir do que se abre nas condições de possibilidade delimitadas pelo sistema constitucional como um todo, temporal e historicamente situado, e, como falado, balizado pelas possibilidades linguísticas fornecidas pelo texto interpretado, sempre em defesa da Constituição, dos direitos fundamentais e da efetividade das normas constitucionais e, do processo democrático de deliberação política, garantindo as condições essenciais de liberdade e igualdade na estrutura fundamental do Estado, em busca de uma democracia substancial, legítima e justa, conforme preconizado por nosso sistema constitucional.³⁷⁴

³⁷³ BARCELOS, ANA PAULA. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: ed. Método, 2018. p.73.

³⁷⁴ RAWLS, John. A Theory of Justice. Cambridge: Harvard Press, 1999.

_____. Justiça e Democracia. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. Political Liberalism. New York: Columbia University Press, 1993.

_____. Uma Teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2008.



Referências

- ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**. 2ª. ed., Frankfurt: Suhrkamp, 1991.
- _____. **Theorie der Grundrechte**, 2ª. ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
- _____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 4ª. ed., 2ª. tir., São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. **Teoria dos Princípios**. 9ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARRETT, Amy Coney. **Originalism and Stare Decisis**: <http://ndlawreview.org/wp-content/uploads/2017/07/NDL502-Barrett.pdf>, em 29/06/2018.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. Conceitos Fundamentais sobre o Controle de Constitucionalidade e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal *in* **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9868/99**. Org. SARMENTO, Daniel. 2ª. tir. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.
- _____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. **Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BICKEL, Alexander. M. **The least dangerous branch**. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BITTENCOURT, Lúcio. **O Controle Jurisdicional de Constitucionalidade das Leis**. Rio de Janeiro, Forense, 1968.

BLANCO DE MORAIS, Carlos. **Justiça Constitucional**. Portugal: Coimbra editora, 2002.

BONAVIDES, PAULO. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Do Estado Social ao Estado Liberal**. 7ª. ed., 2ª. tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CALABRESI, Guido. **Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts**, 70 The Yale Law Journal 499 (1961).

_____. **Tragic Choices**, W.W.Norton & Company, 1978.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra editora, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2ª. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: RT, 1995.

COASE, Ronald. Law and Economics at Chicago, 36 **The Journal of Law and Economics** 250 (1993).

_____. The Problem of Social Cost, 3 **The Journal of Law & Economics** 1 (1960).

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o constitucionalismo brasileiro**. 2ªed. Belo Horizonte, 2008

_____. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Ius Podium, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**, 11ª ed. São

Paulo: Saraiva, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Sovereign Virtue**. Massachusetts: Harvard University Press, 2002.

_____. **Freedom's Law**. Massachusetts: Harvard University Press, 1999.

_____. **Law's Empire**. Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

_____. **Taking Rights Seriously**. Massachusetts: Harvard University Press, 1978 e 19ª. ed. de 2002.

_____. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

_____. **Religion Without God**: Harvard University Press, 01/10/2013.

_____. **A Raposa e o Porco Espinho** (Justice for Hedge Hogs). São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **The Arduous Virtue of Fidelity**: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve, 65 Fordham L. Rev. 1249 (1997). Available at: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol65/iss4/2>

EHMKE, Horst. **Prinzipien der Verfassungsinterpretation**, 1976. In: DREIER, Ralf;

SCHWEGMANN, Friedrich. **Probleme der Verfassungsinterpretation**: Dokumentation einer

Kontroverse. Aufl. **Baden-Baden**: Nomos Verlagsgesellschaft, 1976.

ELY, John Hart. Democracy and distrust. **Massachusetts**: Cambridge, Harvard University Press, 1980.

ENTERRÍA, Eduardo García. **La Constitución como norma y el tribunal constitucional**. Madri: Civitas, 1994.

ERICHSEN, Hans-Uwe. **Staatsrecht und Verfassungsprozessrecht**. 3ª. ed., vol. II. Muenchen: Allgemeine Lehren der Grundrechte, 1982.

FERNANDES, Bernardo G. **Curso de Direito Constitucional**. Bahia: Jus Podium, 2015.

_____. **Interpretação Constitucional**. Organizador. Bahia: Jus Podium, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. 4ªed., Madri: Editorial Trotta, 2000.

_____. **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales**. Madri: Editorial Trotta, 2001.

FERRARI, Regina Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 5ª. ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. **Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais**. 3ª. ed. São Paulo: RT, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 29ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FINNIS, John. **Reason in Action**: Collected Essays, Volume 1. USA: Oxford University Press, 2011.

_____. **Intention and Identity**: Collected Essays, Volume 2. USA: Oxford University Press, 2011.

_____. **Human Rights and Common Good**: Collected Essays, Volume 3. USA: Oxford University Press, 2011.

_____. **Philosophy of Law**: Collected Essays, Volume 4 . USA: Oxford University Press, 2011.

_____. **Religion and Public Reasons**: Collected Essays, Volume 5. USA: Oxford University Press, 2011.

_____. **Aquinas**: Moral, Political, and Legal Theory. Oxford: Oxford University Press, 1998.

_____. **Fundamentals of Ethics**. Georgetown: Washington, D.C., 1983.

_____. **Natural Law** vol. 1 e 2.

_____. **Natural Law and Natural Rights**. Oxford: New York, 1980; 2ªed. publicada pela Oxford em março de 2011.

_____. **Moral Absolutes**. CUA Press: Washington, D.C., 1988.

FINNIS, John. BOYLE, Joseph. GRISEZ, Germain. **Nuclear deterrence, morality and realism**. New York: Oxford, 1987.

FINNIS, John. BOYLE, Joseph. GRISEZ, Germain. **Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends**. American Journal of Jurisprudence, 32 (1987).

FINNIS, John. THOMSON, Judith. TOOLEY, Michael. WERTHEIMER, Roger. **The Rights and Wrongs of Abortion**. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1974.

_____. John M. Finnis, Law, Morality, and “Sexual Orientation”, **69 Notre Dame L. Rev.** 1049 (1993-1994). Available at: https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/205

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Rio de janeiro: Vozes, 2015.

_____. **Hermenêutica em Retrospectiva**. Rio de janeiro:Vozes, 2012.

_____. **Hegel, Husserl e Heidegger**. Rio de janeiro:Vozes, 2012.

GARCIA, Emerson. **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Conflito entre Normas Constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GRAU, Eros Roberto e CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

_____. **A sociedade aberta de intérpretes da constituição: uma contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

_____. **Die Wesensgehaltgarantie des Artikels 19 Abs 2 Grundgesetz – Zugleich ein Beitrag zum institutionellem Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt**. 3°. Aufl, Heidelberg, 1983.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung – Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats**. Frankfurt: Suhrkamp, 1992.

_____. **Direito e Democracia**, vol.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

_____. **Direito e Democracia**, vol.II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Teoria do Agir Comunicativo**. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

HART, H.L.A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HEIDEGGER, Martin. **Heráclito**, 2ª. ed., Rio de Janeiro, Relume Dumara, 2000.

_____. **Ser e Tempo**. Maria Sá C. Schuback. Rio de Janeiro:Vozes, 2015.

_____. **Ontologia**. Rio de janeiro:Vozes, 2016.

_____. **A Caminho da Linguagem**. Rio de janeiro:Vozes, 2012.

- _____. **Marcas do Caminho**. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.
- _____. **Sobre a Essência da Linguagem**. Rio de Janeiro: Vozes, 2015.
- _____. **Os Conceitos Fundamentais da Metafísica**. São Paulo: Gen, 2015.
- _____. **Os Problemas Fundamentais da Fenomenologia**. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.
- _____. **Interpretações Fenomenológicas sobre Aristóteles**. Rio de Janeiro: Vozes, 2011.
- _____. **A Essência da Liberdade Humana**. Rio de Janeiro: Via Verita, 2012.
- _____. **Ser e Tempo**. trad. Fausto Castilho: Rio de Janeiro: Vozes, 2015.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1991.
- _____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha** (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland). Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- _____. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 18º, ergänzte Auflage. Heidelberg C.F. Muller, 1991.
- _____. **Escritos de Derecho Constitucional**. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- HÜBNER, Conrado M. **Direitos Fundamentais e Separação de Poderes e Deliberação**, São Paulo: Saraiva, 2011.
- JOWELL, Jeffrey. **Beyond the Rule of Law: Towards Constitutional Judicial Review**. Public Law (2000): 671-683.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KRÜGER, Herbert. **Archiv des öffentlichen Rechts**. 1. ed. vol. LXXVII. Tübingen: Mohr Siebeck, 1951.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Gulbenkian, 1989.

LEISNER, Walter. **Von de Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung** – Betrachtung zur möglichen selbständigen Begrifflichkeit im Verfassungsrecht. Tübingen, 1964.

_____. **Der Abwägungsstaat: Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?** Berlin: Duncker & Humblot, 1997.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LERCHE, Peter. Stiller Verfassungswandel als aktuelles Politikum, in: **Festgabe für Theodor Maunz zum 7º Geburtstag am 1. September 1971**, seiten 286-300, München, 1971.

MAC INTYRE, Alasdair. **Is Patriotism a Virtue?**. University of Kansas. 1984.

_____. **Whose Justice? Which Rationality?**. Notre Dame: University of Notre Dame Press. 1988.

_____. **After Virtue**. 1981.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 15ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MENDES, Gilmar. **Jurisdição Constitucional**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 9ªed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO FILHO, José Celso de Mello. **Constituição Federal Anotada**. 2ª. ed., São Paulo, Saraiva, 1986.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, tomo VI – Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8ªed., São Paulo, Atlas, 2000.

_____. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais.** Garantia Suprema da Constituição, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MÜLLER, Friedrich. & CHRISTENSEN, Ralph. **Juristische Methodik, Band I** – Grundlagen Öffentliches Recht. Aufl, Duncker & Humblot GmbH, Berlin, 2004.

_____. **Die Positivität der Grundrechte:** Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik. 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1990 (1. Aufl., 1969).

_____. **Juristische Methodik** . 6. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1995 (1. Aufl., 1971).

NASCIMENTO, Rogério Bento Soares do. **Abuso do poder de legislar.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

NEGRI, Antonio. **O Poder Constituinte** (ensaio sobre as alternativas da modernidade). Rio de Janeiro: DP & A, 2002.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** 3ª. ed. São Paulo: Método, 2009.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Assim Falava Zaratustra.** São Paulo: Hemus, 2000.

NUNES, Antônio José Avelãs e COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Diálogos Constitucionais:** Brasil/Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

OLIVEIRA, Daniel de Almeida. **Críticas Contemporâneas ao judicial review**, S. Griffin e a Teoria Americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade:** conceitos, sistemas e efeitos. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PEÑA, Guilherme. **Direito Constitucional:** Teoria da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** 8ª. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A Interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PERELMAN, Chaïm. **Retóricas.** São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **Lógica Jurídica.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PINHEIRO, Bruno. **Lições de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: editora Espaço Jurídico, 2003.

_____. **Teoria Geral do Delito**. São Paulo: editora Elsevier/Campus-Jurídico, 2009.

_____. **Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Método, 2010.

_____. **Controle de Constitucionalidade**. 3ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

_____. **Processo Legislativo Brasileiro**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

PIOVESAN, Flávia. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

POLETTI, Ronaldo. **Constituição Anotada**. São Paulo: Forense, 2009.

POSNER, Richard. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. **Frontiers of Legal Theory** 59 (2004).

_____. **The Problems of Jurisprudence** 441 (1993).

RAWLS, John. **A Theory of justice**. Cambridge: Harvard Press, 1999.

_____. **Justiça e Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993.

_____. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REALE, Miguel. **O Direito como Experiência**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. **Lições Preliminares de Direito**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Abuso do poder de legislar**. Revista de Direito Público, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, n. 39-40.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. **Direito internacional público**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RICOEUR, PAUL. **Hermenêutica e Ideologias**. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.

ROHMANN, Chris. **O Livro das Idéias**. Rio de Janeiro, Campus, 2000.

ROSS, Alf. **El Derecho e la Justicia**, 4a edição. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social e outros escritos**. São Paulo, Cultrix, 1999.

RUNGE, Jürgen-Bernd. **Zur Auslegung des Grundgesetzes nach dem einfachen Gesetzesrecht – anhand eines**. Literaturvergleichs von Häberle, Leisner und Lerche – Seminararbeit , 1997.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SAMPAIO, Nelson de Souza. **O Poder de Reforma Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

SANDEL, Michael J.. **Liberalism and Its Critics**. Oxford: Blackwell. 1984.

_____. **What Money Can't Buy: The Moral Limits of Markets**. Farrar, Straus and Giroux. 2012.

_____. **Justice: What's the Right Thing to Do?**. Farrar, Straus and Giroux. 2009.

_____. **The Case Against Perfection: Ethics in the Age of Genetic Engineering**. Cambridge: Harvard University 2007.

_____. **Public Philosophy: Essays on Morality in Politics**. Harvard University Press. 2005.

_____. **Democracy's Discontent: America in Search of a Public Philosophy**. Belknap Press. 1996.

_____. **O Liberalismo e os Limites da Justiça**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2005.

_____. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2011.

_____. **O Que o Dinheiro não Compra: os limites morais do mercado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1ª. ed., 3ª. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SARTRE, JEAN-PAUL. **O Existencialismo é um Humanismo**. Rio de Janeiro: Vozes, 2016.

_____. **O Ser e o Nada**. Rio de Janeiro: Vozes, 2016.

SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law** (1997).

SCARANCE, Antonio Fernandes. **Processo Penal Constitucional**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Petrópolis: Vozes, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Processo Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais**, em: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo e SAMPAIO, José Adércio Leite. **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SUNFELD, Carlos Ari. **Inconstitucionalidade por desvio de poder legislativo**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, n. 8.

SUNSTEIN, Cass R. **One Case At a Time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard, 1999.

_____. **Legal Reasoning and Political Conflict**. New York: Oxford University Press, 1996.

_____. **Radicals in Robes**. New York: Basic Books, 2005.

_____. **Originalism**, consultado em 28/06/2018: <http://ndlawreview.org/wp-content/uploads/2018/06/11-Sunstein.pdf>

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A Convenção Americana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STERN, Klaus. **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**. 2ª. ed., vol. I. Muenchen: Allgemeine Lehren der Grundrechte, 1982.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva. 2012.

SÜSTERHENN, Adolfo. **L'avènement du droit supra-positif dans l'évolution du droit constitutionnel allemand**, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. XXXVI, 1995.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Nova Lei da Súmula Vinculante**. 3ª. ed. São Paulo: Método, 2009.

_____. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TAYLOR, Charles. **Philosophical Papers**. Cambridge: Cambridge University Press. 1985.

_____. **Cross-Purposes"the liberal-communitarian debate. In liberalism of the moral life**. Cambridge: Harvard University Press. 1987.

_____. **Sources of the Self: the making of modern identity**. Cambridge: Harvard University Press. 1989.

TEIXEIRA, Horácio. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro, Forense, 1991.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

TOURAINE, Alain. **Crítica da Modernidade**. 6ª. ed., Petrópolis/RJ, Vozes, 1999.

TRIBE, Lawrence. **American Constitutional Law**. New York: The Foundation Press. 1988.

_____. **The Invisible Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

_____. **Constitutional Choices**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

_____. **On The Reading of Constitution.** Harvard University Press, 1991.

_____. **The End of a Presidency:** The power of Impeachment. UK: Basic Books, Hachette, 2018.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção dos Direitos Humanos** – Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts.** 1999; Popular Constitutionalism as Political Law. Chicago: Chicago-Kent College of Law, 2006.

VATTIMO, Gianni. **Adeus à Verdade.** Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O Sentimento Constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VERMEULE, Adrian e Sunstein, Cass, **Interpretation and Institutions.** Michigan Law Review, 2003.

_____. **Judging under uncertainty** – As institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência.** Trad. Tércio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement.** Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____. **The Dignity of Legislation.** Cambridge: Cambridge University Press. 1999.

_____. **Partly Laws Common to All Mankind.** New Haven, CT. Yale University Press, 2012.

_____. **When Justice Replaces Affection:** the need for rights. Harvard Journal of Law, 1988.

_____. Particular Values and Critical Morality, in. **Liberal Rights.** Cambridge University Press. 1993.

WALUCHOW, Wilfried. **Inclusive legal positivism.** New York: Oxford University Press, 2003.

_____. **The Many Faces of Legal Positivism.** University of Toronto Law Journal, v.48, n°3, 1998.

WALZER, Michael. **As Esferas da Justiça.** São Paulo: Martins Fontes. 2003.

WHITTINGTON, Keith E. **Constitutional Interpretation – Textual Meaning, Original Intent, & Judicial Review**. Kansas, USA: University Press of Kansas, 1999.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractus Logico-Philosophicus**. São Paulo: USP, 2017.

_____. **Investigações Filosóficas**. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

_____. **Gramática Filosófica**. São Paulo: Loyola, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: RT, 2001.

ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.